

EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal General.
Palabras Claves: Error de Prohibición, Error Vencible, Error Invencible, Error Directo, Error Indirecto, Error de Hecho, Error de Derecho, Error de Tipo, Sala Tercera Sentencias 453-13, 924-13, 1779-13, Trib de Apelación de Sentencia Penal II Circuito de San José Sentencia 1620-11, Trib de Apelación de Sentencia Penal de Cartago Sentencia 32-14, Tribunal de Casación Penal en San José Sentencias 108507, 816-11, en Cartago Sentencia 173-09 y en San Ramón Sentencia 376-10.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 29/10/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Error de Hecho y de Derecho	2
 DOCTRINA	3
A. Nuestro Artículo 35 del Código Penal	3
1. El Alcance del Artículo 35 del Código Penal	3
3. El Alcance del Artículo 35 del Código Penal	6
B. Determinación del Error de Prohibición y sus Consecuencias	9
C. Errores Directos e Indirectos de Prohibición	12
D. Clasificación de las Formas del Error de Prohibición	13
1. Error sobre la Existencia y Ámbito de la Norma	13
2. Error sobre la Validez de una Norma Prohibitiva	14
3. Error sobre la Validez de una Norma de Autorización	14
4. Error sobre la Presencia de una Situación Objetiva de Justificación (Justificación Putativa)	14

JURISPRUDENCIA.....	15
1. Diferencias Entre el Error de Prohibición Vencible e Invencible	15
2. Error de Prohibición Directo e Indirecto	17
3. Error de Prohibición en Materia de Violencia Doméstica.....	20
4. Exceso de Defensa y Error de Prohibición.....	28
5. Efecto del Error de Prohibición.....	35
6. Error de Prohibición y Alcance del Tipo Penal	37
7. Diferencia entre Error de Tipo y Error de Prohibición	40
8. Regulación del Error de Prohibición Indirecto.....	41
9. Ejemplo de Error Vencible Originado en Corrección de Menores de Edad con Agresiones Físicas	44

RESUMEN

El presente informe de investigación contiene doctrina y jurisprudencia sobre el **Error de Prohibición**, considerando los supuestos de los artículos 34 y 35 del Código Penal, los cuales según los criterios doctrinarios y jurisprudenciales anotados refieren a los errores de prohibición y a su modalidad indirecta.

NORMATIVA

Error de Hecho y de Derecho [Código Penal]ⁱ

Artículo 34. **Error de hecho.** No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Artículo 35. **Error de derecho.** No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79.

DOCTRINA

A. Nuestro Artículo 35 del Código Penal [Castillo González, F.]ⁱⁱ

[P. 555] El error llamado de prohibición, que el legislador denomina de derecho-, es regulado en el artículo 35 del Código Penal. Este artículo dice:

[P. 556] “No es culpable el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79”.

El error de prohibición *no excluye el dolo de tipo*, que se encuentra regulado en el art. 34 cód. pen., *sino la culpabilidad*, como expresamente lo dice el artículo 35 cód. pen. Esta simple constatación nos permite concluir que nuestro Código Penal vigente sigue la denominada teoría de la culpabilidad y no la teoría del dolo, en la cual la falta de conocimiento de lo injusto excluye el dolo. El dolo consiste en el conocimiento y voluntad de realización del hecho tipificado (artículo 31 Cód. Pen.), es decir, en el conocimiento de los elementos fácticos necesarios para que el delito exista según su descripción y en la voluntad de realizarlos. Interpretando el artículo 34 Cód. Pen., *a contrario*, podemos establecer que el objeto de conocimiento del dolo son los elementos necesarios para que el delito exista según su descripción, pues su desconocimiento excluye el dolo. Por consiguiente, el dolo es el conocimiento de la tipicidad del hecho. Cuando el artículo 34 del Código Penal dice que quien actúa en error de tipo *no es culpable*, lo que está indicando es que *no actúa dolosamente* y, por tanto, que tampoco actúa típicamente.

1. El Alcance del Artículo 35 del Código Penal

Lo anterior nos permite concluir, entonces, que el error de tipo (art. 34 cód. pen.) es un error *sobre la tipicidad* del hecho punible y la ausencia de dolo implica la falta de tipicidad del hecho, mientras que el error de prohibición (art. 35 cód. pen.) es *un error sobre la antijuridicidad del hecho*, es decir, sobre la contradicción del comportamiento con el derecho o sobre el carácter prohibido del hecho. Así lo ha interpretado,

correctamente, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte de Casación en varias de sus sentencias¹.

La interpretación que proponemos y que hace la Sala Tercera es extensiva del artículo 35 del cód. pen. *in bonam partem*. En efecto, el error de tipo asume varias formas: error sobre la antijuridicidad de la conducta, error sobre la norma aplicable, error sobre la ley aplicable y el error sobre la pena aplicable. De acuerdo al artículo 35 cód. pen. el error recae sobre la circunstancia de que el hecho no está sujeto a pena, es decir, sobre una forma particular de error de derecho denominado "*error poenae*". El error de prohibición, como error sobre la pena, proviene del Código Penal Tipo para Latinoamérica².

Es cierto que alguien puede creer que un hecho es antijurídico, que el mismo está previsto por una norma y por una ley, pero que carece de pena. Pero la situación normal es que el individuo crea que el hecho no está sujeto a pena porque no tiene conocimiento de la antijuridicidad del hecho, porque no conoce la norma que prohíbe el hecho o no conoce la ley que lo prevé. De modo, entonces, que puede considerarse que el agente que se encuentra en error sobre la antijuridicidad, sobre la norma o sobre la ley penal, está comprendido en el

[P. 557] artículo 35 cód. pen., que dice que no es culpable si por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

A diferencia de otros ordenamientos- por el ejemplo, el § 17 StGB alemán, que habla del “conocimiento de realizar lo injusto”, nuestro legislador en el artículo 35 cód. pen. no hace referencia a la conciencia de lo injusto a la hora de realizar el hecho. Habla simplemente de la creencia del sujeto de “*que el hecho que realiza no está sujeto a pena*.”. Cuándo ocurre esto, no lo define el legislador. Solamente de manera negativa indica que debe examinarse la cuestión del carácter vencible o invencible del error de prohibición. Para efectos de precisar mejor el concepto es necesario acotar lo siguiente:

¹ Así, Sala Tercera, voto No. 446-F de 15:40 Hs. de 25 de setiembre de 1992; voto No. 596-F de 9:10 Hs. de 11 de diciembre de 1992; voto No. 713-F de 10:55 Hs. de 17 de diciembre de 1993; voto 344 de 9:20 Hs. de 9-9-94.

² Así, Padilla, Exposición de Motivos, comentarios a los artículos 34 y 35 del Código Penal. Según Herrera, 1991, (pág. 149 s.) el Código Penal Tipo para Latinoamérica regula, en su artículo 28, el error de prohibición de la manera siguiente: “No es culpable el que por error invencible obrare en la convicción de que el hecho que realiza no está sujeto a pena”.

(1) No produce conciencia de que el hecho está sujeto a pena la simple circunstancia de que el agente sepa que el hecho es inmoral o que es socialmente dañoso³. La razón está, en primer lugar, en la separación de moral y derecho y, en segundo lugar, en el hecho de que en una sociedad pluralista no hay una moral preponderante, además de que las valoraciones morales y sociales son cambiantes⁴. El reproche que se le hace al autor es que por su comportamiento puede establecerse que él no se dejó motivar por las normas jurídicas⁵. Las normas éticas traspasan el mínimo ético protegido por el Derecho penal. Sin embargo, la conciencia de la inmoralidad o de la dañosidad social de la conducta puede ser un indicio para establecer el carácter vencible de un error de prohibición⁶. Para que se configure la conciencia de actuar en contra del derecho se requiere el conocimiento de que se viola un precepto jurídico.

(2) *En nuestro derecho penal (art. 35 cód. pen.) se requiere la conciencia de infiligr “una norma del Derecho positivo reforzada mediante sanción”*. Esto es lo que establece el artículo 35 cód. pen. al asumir error de prohibición cuando el sujeto está en la creencia de “que el hecho que realiza no está sujeto a pena”. Esta es la exigencia para asumir la conciencia de lo injusto que requiere una parte de la doctrina alemana⁷. De modo que el autor debe tener conciencia de que el hecho está previsto en una norma y que es sancionado con una pena, aunque sea únicamente como contravención. Roxin⁸ se opone a esta interpretación de estos autores diciendo que en el Derecho penal alemán no es requerida la conciencia de la punibilidad del comportamiento para el conocimiento de la prohibición, pues “si el legislador hubiera querido exigirla debería haber hablado de “comprensión de actuar de manera punible” y no de “comprensión de hacer algo injusto”. Pero estas manifestaciones de Roxin indican que nuestra interpretación sobre el art. 35 cód. penal es la correcta, porque el legislador considera

³ Así, entre otros, Kühl, A.T., § 11, Rdn. 28; Lackner/Kühl, § 17, Rdn. 2; Roxin, A.T., Bd. I, § 21, Rdn. 13; Jescheck/Weigend, A.T., § 41, I, 3 a; Rudolphi, SK, § 17, Rdn. 4; Neumann, NK, § 17, Rdn. 13; Tröndle/Fischer, § 17, Rdn. 3; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, Rdn. 4; Stratenwerth, A.T. I, § 10, Rdn. 58. En el Derecho latinoamericano, entre otros, Hurtado Pozo, P.G. I, 2005, # 1735, pág. 661.

⁴ Así, Roxin, A.T., Bd. I, § 21, Rdn. 12.

⁵ Así, Stratenwerth, A.T. I, § 10, Rdn. 58.

⁶ Así, Roxin, A.T., Bd. I, § 21, Rdn. 12; Hurtado Pozo, P.G.I, 2005, # 1735, pag. 661 s.

⁷ Así, entre otros, Joecks, MK, § 17, Rdn. 15; Köhler (Michael), A.T., págs. 403, 415; Schoeder, LK, § 17, Rdn. 7; Neumann, JuS 1993, págs 793 ss. (795), quien requiere la conciencia de infiligr “una norma del Derecho positivo reforzada mediante sanción”.

⁸ Así, Roxin, A.T., Bd. I, § 21, Rdn.13.

que se encuentra en error de prohibición quien “cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena”.

[P. 558] Un correcto entendimiento de la norma del deber ser no es otra cosa que el correcto entendimiento del tipo penal, dado que éste es la formulación negativa del contenido de la norma⁹. Por consiguiente, el conocimiento del tipo penal es el conocimiento del sentido de la norma y un error sobre el tipo penal es un error sobre el mandato o prohibición contenido en la norma. Conforme a nuestro Derecho penal, el objeto de conocimiento de lo injusto sigue siendo la norma del deber ser, pero a ella se llega solamente a través del tipo penal que castiga la conducta.

La doctrina dominante¹⁰ en Alemania, con normas diferentes a las nuestras, considera que existe conciencia de lo injusto cuando el agente sabe que su conducta es prohibida por cualquier rama del ordenamiento jurídico (prohibida por el derecho civil, administrativo, etc.) sin que sea necesario que el agente sepa que existe un tipo penal que prevé su conducta como punible. En nuestro Derecho penal y, conforme al art. 35 cód. pen., el autor puede saber que su comportamiento contradice el Derecho civil o el Derecho administrativo, pero desconocer o creer que no cae en un tipo penal y que no está sujeto a pena. En tal caso, este agente se encuentra en error de prohibición. El conocimiento de que el hecho realizado es punible es simple y se mide por las reglas del pensamiento material y no conforme a las reglas del lenguaje, comparable al conocimiento de las reglas de multiplicar que tiene quien hace una multiplicación¹¹. Para la existencia de este conocimiento de lo injusto no se requiere de conocimientos jurídicos especiales o especializados, sino que basta el conocimiento según la esfera de un profano¹².

3. Divisibilidad del Conocimiento del Injusto

El conocimiento de lo injusto debe abarcar el específico contenido injusto de la clase de delito (de tipo penal) de que se trate, pues si no referimos el conocimiento de lo injusto a un tipo penal o clase de tipos penales caeríamos en la infame regla del versari in re illicita y se haría responder al autor también por la violación de normas que no

⁹ Así, Kindhäuser, GA 1990, pág. 414; Neumann, JuS 1993, págs. 793 ss.; Schroeder, LK, § 17, Rdn. 7.

¹⁰ Así, entre otros, Jescheck/Weigend, A.T., § 41, I, 3 a; Roxin, A.T., Bd. I, § 21, Rdn. 13; Schónke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, Rdn. 4, Tróndle/Fischer, § 17, Rdn. 3; Lackner/Kühl, § 17, Rdn. 2. En el Derecho latinoamerica, Hurtado Pozo, P.G.. I, 2005, # 1734, pág. 661.

¹¹ Así, entre otros, Grotewohl, 1993, pág 37, Rudolphi, 1969, pág. 169; Rudolphi, SK, § 17, Rdn. 14; Schroeder, LK, § 17, Rdn. 26; Horn, 1969.

¹² Así, Jescheck/Weigend, A.T., § 41, 13 a.; Jakobs, A.T., 19/27

conocía al momento de los hechos¹³. La acción es antijurídica en sentido material cuando viola o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma correspondiente¹⁴. Puesto que el Derecho penal tiene como función proteger bienes jurídicos y la lesión del bien jurídico tiene que estar referida a un correspondiente tipo penal, el conocimiento de lo injusto supone que en el momento del hecho, en la mente del autor exista la representación de lesionar un bien jurídico concreto que está protegido por un tipo penal. Lo anterior es consecuencia de que la culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho del autor¹⁵. Esto es lo que se demonina referencia de la conciencia de lo injusto al tipo penal, (*Tatbestandsbezogenheit des Unrechtsbewusstsein*). Puesto que la conciencia de lo injusto debe ser referida a un bien jurídico, que se encarna en un tipo penal,

[P. 559] puede existir, solamente con relación a uno o algunos de los delitos en concurso, si el agente comete varios delitos en concurso material o en concurso ideal. El principio de divisibilidad del conocimiento de lo injusto se aplica también en el caso de que el agente realice un tipo penal complejo que es el que protege varios bienes jurídicos, de los cuales solamente uno de ellos tuvo en mente al momento del hecho. Por ejemplo, el acreedor no pagado toma la cosa de su deudor mediante violencia ejercida sobre las personas, realizando así el tipo del robo (art 212 cód. pen.). Puede ocurrir que este autor actúe con conocimiento de la violación al bien jurídico protegido por la coacción o las lesiones, pero a causa de su pretensión jurídica que cree tener derecho de cobro a su deudor y falte el conocimiento de lo injusto con relación al hecho del apoderamiento de la cosa, respecto al cual puede encontrarse incluso en un error inevitable de prohibición¹⁶. Esto se conoce como el principio de la "divisibilidad del conocimiento de lo injusto" (*Teilbarkeit des Unrechtsbewusstsein*)¹⁷.

Algunos autores¹⁸ son contrarios al principio de divisibilidad del conocimiento de lo injusto porque con esa divisibilidad se cae en la teoría de Feuerbach, del conocimiento de lo injusto como conocimiento de la punibilidad de la conducta. Desde el punto de

¹³ Así, Jakobs, A.T., 19/17.

¹⁴ Así, Fieseler, 1970, pág. 36; Hauft, A.T., 1996, pág. 60.

¹⁵ Así, Roxin, A.T., Bd. I, § 21, Rdn. 16.

¹⁶ Así, Roxin, A.T., Bd. I, § 21, Rdn. 16.

¹⁷ Así, entre otros, Engisch, ZStW Bd. 70 (1958), págs 566 ss. (569 s.); Maurach/Zipf, PG.I, § 38, Rdn. 40; Jescheck/Weigend, A.T, § 41, I, 3, d; Roxin, A.T, Bd. I, § 21, Rdn. 16; Rudolphi, 1969, pág. 78; Schónke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, Rdn. 8; Warda, NJW, 1953, pág. 1052; Welzel, Lb., pág. 171 s.; Wessels/Beulke, A.T., Rdn. 428.

¹⁸ Así, Schneider, 1964, pág. 9.

vista de nuestro Derecho penal (art. 35 cód. pen.), que sigue la concepción del conocimiento de lo injusto como conocimiento de que el hecho está sujeto a pena, la teoría de la divisibilidad de lo injusto es la única aceptable.

Es a partir de la divisibilidad del conocimiento de lo injusto que la doctrina moderna resuelve los casos de doble error, que puede darse en dos situaciones:

(1) La primera situación ocurre cuando el agente desconoce la norma que viola, pero cree que viola una norma que en realidad no existe. Por ejemplo, el tío tiene relaciones sexuales con su sobrina menor. Él desconocía al momento del hecho que el artículo 159, párrafo 3, castiga con prisión de cuatro a diez años al tío que tenga relaciones sexuales con su sobrina mayor de trece años y menor de 18 años de edad. Pero creía erróneamente que las relaciones sexuales entre tío y sobrina son castigadas como incesto. En este caso, el autor se encuentra en un doble error de prohibición, porque asume la existencia de una prohibición que no existe, pero desconoce la prohibición que existe. Con relación a la prohibición que existe se encuentra en un error de prohibición, - que puede ser evitable o inevitable-, pero con relación a la prohibición que no existe hay un delito ilusorio (error al revés)¹⁹, impune en nuestra legislación.

(2) La segunda situación se da cuando el autor se equivoca sobre la existencia de los presupuestos tácticos de una causa de justificación reconocida por el derecho y al mismo tiempo asume erróneamente la existencia de una causa de justificación inexistente, o interpreta erróneamente y a su favor, más allá de los límites permitidos, una causa de justificación existente. Se trata, entonces, del encuentro de un error de tipo permisivo y un error de permisión. Por ejemplo, A golpea brutalmente a su hijo por una falta menor o sin causa, pero que A supuso que existió. A supuso que existía la ocasión para el ejercicio del derecho de corrección de su hijo,

[P. 560] causa de justificación reconocida por el Derecho consuetudinario, ocasión que realmente no existió, dado lo mínimo de la falta o su inexistencia. Pero, al mismo tiempo, si esa causa de justificación existiera en el caso concreto, vista la brutalidad del ataque, A traspasó los límites de la causa de justificación. Puesto que el orden jurídico no le permite al agente traspasar los límites de una causa de justificación reconocida por el derecho en el caso de que realmente existan los presupuestos fácticos de ella, tampoco le permite traspasar esos límites en el caso de que los supuestos fácticos no existan y sean simplemente supuestos por el agente²⁰. En un caso como el anterior, el error de tipo permisivo no juega papel alguno, porque el agente no estaría justificado aunque existiera la situación fáctica asumida por él. Por consiguiente, no es aplicable el

¹⁹ Así, Jakobs, A.T., 19/18; Roxin, A.T. I, §21, Rdn. 18; Haft, Jus 1980, págs. 660, 663; Lackner/Kühl, § 17, Rdn. 19.

²⁰ Así, Schmidt-Seidei, A.T., 1998, pág. 81.

parráfo segundo del artículo 34 cód. pen. El asunto debe regirse como un simple error indirecto de prohibición²¹, regido por el art. 35 cód. pen.

B. Determinación del Error de Prohibición y sus Consecuencias

[Castillo González, F.]ⁱⁱⁱ

[P. 589] Como hemos dicho, en materia de conocimiento de lo injusto se dan tres situaciones:

(a) La primera ocurre cuando el agente tiene pleno conocimiento de lo injusto, situación que involucra el caso en que el agente haya actuado a pesar de saber que su acto podía ser antijurídico. En este caso, se aplica la pena prevista para el hecho, dentro del mínimo y el máximo y en el marco del artículo 71 del Código Penal, pues no existe error de prohibición, ni vencible ni invencible.

(b) La segunda ocurre cuando el tribunal determina que el agente actuó en error inevitable de prohibición, caso en el cual falta la culpabilidad y la pena (art. 35 I parte Cód. Pen.).

La tercera ocurre cuando el agente actúa en error vencible o evitable de prohibición, caso en el cual se le considera culpable, pero se le aplica una pena atenuada (art. 35 II Cód. Pen.).

[P. 590] Sea cual fuere de estas tres la situación la que asuma el tribunal, éste debe examinarla, indicar las pruebas que la apoyan y fundamentarla²².

Es necesario recordar que hay una diferencia radical entre la prueba del dolo de tipo y la prueba del conocimiento de lo injusto. En el dolo de tipo, la carga de la prueba corresponde al acusador, sea que se considere que hubo intención, dolo directo, o dolo eventual, pues sería inadmisible una sentencia condenatoria con dolo de tipo potencial²³. En caso de que el acusador no pueda establecer el dolo de tipo, vale respecto a la existencia del dolo el principio in dubio pro reo. En el caso del conocimiento de lo injusto, el acusado debe aportar hechos o circunstancias que demuestren la ausencia de un conocimiento actual o potencial de lo injusto, y en el caso de que lo alegue, la existencia de un error inevitable de prohibición. Dado que el lugar del conocimiento de lo injusto no está en el dolo, sino en la culpabilidad, y ésta es un juicio de reproche, el conocimiento de la antijuridicidad la determina el juez

²¹ Así, Schmidt-Seidel, A.T., 1998, pág. 81.

²² Así, Schroeder, LK, § 17, Rdn. 48.

²³ Así, Fieseler, pág. 25.

mediante una valoración. El conocimiento de la antijuridicidad es una valoración y no un acontecimiento psicológico del autor, como lo es el dolo de tipo²⁴. No es necesario un conocimiento actual de lo injusto para la declaratoria de la culpabilidad, pero si el agente no prueba la ausencia de conocimiento actual, o no establece por lo menos la existencia de un error evitable (conocimiento potencial), el juicio de reproche se hace sobre la base del conocimiento actual de lo injusto, sin que valga en esta materia el principio *in dubio pro reo*.

El agente no está obligado, naturalmente, a aportar hechos o circunstancias que hagan creíble sus alegaciones sobre error de prohibición, pero este es el presupuesto necesario para poder discutir el tema. El acusado no tiene exactamente una carga de la prueba respecto a la prueba de ausencia de conocimiento de lo injusto en el momento del hecho, pero sí tiene la obligación de plantear y sustantivar su pretensión. Las cuestiones del conocimiento de lo injusto, de la existencia de un error y de su carácter evitable o inevitable, si son alegadas y planteadas, obligan al Tribunal a resolver sobre ellas, pues afectan la culpabilidad y la pena aplicable, que son cuestiones que el tribunal debe resolver conforme al artículo 361 del Código Procesal Penal. Lo anterior, porque la cuestión de si el acusado actuó o no con conocimiento de lo injusto, o si él realizó el hecho en estado de error de prohibición, son parte de los hechos internos a que debe referirse el tribunal, sobre todo cuando el acusado pretende haber actuado en error de prohibición²⁵. Sin embargo, y dado que el error invencible de prohibición excluye la culpabilidad, que ésta es un presupuesto para la imposición de la pena y que el error vencible de prohibición podría implicar una disminución de la pena, es obligación del Tribunal hacer referencia a la ausencia de conocimiento actual de lo injusto, en el caso de que descubra que éste falta, aun cuando no la haya alegado el acusado²⁶. Si el Tribunal omite la referencia a la ausencia de conocimiento de lo injusto o al error de prohibición, alegada por la parte o descubierta por él, la sentencia es nula por falta de fundamentación.

En el caso del error evitable de prohibición, el artículo 35 Cód. Pen. establece la posibilidad de una atenuación de la pena que, de conformidad con el artículo 79 Ibid., al cual remite, tiene carácter discrecional.

Esta solución proviene del Derecho Penal alemán, el cual la aplicó originalmente como norma de derecho consuetudinario y luego la consagró legislativamente en el § 17 del Código

²⁴ Así, Maurach/Zipf, PG 1, § 37 I, 1.

²⁵ Así, Fieseler, 1970, pág. 80; Lówe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung, 1978, § 267, Rdn. 29

²⁶ Así, Kleinknecht/Meyer/Grossner, Strafprozessordnung, § 267. Rdn. 7

[P. 591] Penal. A la hora de la discusión del § 17 StGB alemán, privó la solución de dejar esta atenuante como facultativa, en el entendido de que la regla es la atenuación de la pena, mientras que la aplicación de la pena total es la excepción²⁷.

La atenuación facultativa no permite la exención total de pena²⁸. Sin embargo, es posible que el Ministerio Público, en casos muy calificados de error evitable de prohibición, ejerza el principio de oportunidad y solicite, de conformidad con el artículo 22 inc. a) del Código Procesal Penal, el archivo del asunto, en razón de “mínima culpabilidad del autor”²⁹.

El criterio del que parte el artículo 35II parte cód. pen. es el principio de proporcionalidad de la pena, a partir del contenido culpable del hecho realizado en error evitable de prohibición³⁰. De acuerdo a este criterio, quien no se motivó conforme a derecho al realizar su acción, de tal modo que no tuvo conocimiento actual de lo injusto, tiene un menor grado de culpabilidad que quien realizó el hecho con conocimiento actual de lo injusto. Siendo el anterior el fundamento de la atenuante, si el Juez la concede, tiene que fundamentarla en consideraciones referentes a la evitabilidad del error de prohibición. No es permitida, entonces, una fundamentación de la decisión sobre la atenuación de la pena con base en el artículo 35 II parte Cód. Pen., pero apoyada en consideraciones relativas a la totalidad de las circunstancias del caso o, en general, en la personalidad del autor³¹.

Para efectos de fundamentar la existencia o la denegatoria de la atenuante deben considerarse aspectos tales como si el error de prohibición recayó sobre una prohibición o un mandato perteneciente al Derecho Penal principal o al secundario, el grado de importancia o de reconocimiento que tiene la norma del deber ser de que se trate en la sociedad en general o en la profesión que ejerce el agente, etc.

La pena total se impone entre el mínimo y el máximo previstos para cada hecho punible (art. 71 cód. pen.). La atenuante del art. 35 y 79 Cód. Pen. solamente tiene sentido si se hace a partir del mínimo de la pena prevista, pues si partimos del máximo, sin rebajar el mínimo, estaríamos aplicando el criterio de la pena total a que se refiere el artículo 71 Cód. Pen. La disminución de la pena del art. 35 II parte y 79 cód. pen.

²⁷ Así, Schroeder, LK, § 17, Rdn. 48; Lackner, § 17, Rdn. 8

²⁸ Así, Schroeder, LK, § 17, Rdn. 49.

²⁹ Así, fíudolphi, SK, § 17, Rdn. 50; Schroeder, LK, § 17, Rdn. 49; Pfeiffer/Fischer, StPO, § 153, Rdn. 2; Kieinknecht/Meyer/Gossner, StPO, § 153, Rdn. 2, 3, 4; Chang Pizarro, notas 79 y 80.

³⁰ Así, fíudolphi, SK, § 17, Rdn. 48.

³¹ Así, Schónke/Schróder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, Rdn. 26.

puede llegar hasta la unidad mínima del tipo de pena que castiga el respectivo delito (un día de prisión, un día multa, etc.).

En la doctrina alemana³² se ha sostenido la tesis de que el rebajo discrecional de pena en el caso de error vencible de prohibición no puede ser menor a la pena que se imponga por el paralelo hecho culposo, cuando exista. El fundamento de esta limitación es que quien actúa en error de prohibición, a diferencia de quien realiza el hecho culposo, actúa en conocimiento de los hechos del tipo y percibió la llamada del tipo (“Appelfunktion des Tatbestandes”). No vemos razón suficiente para establecer tal limitación a la discrecionalidad del juez en la fijación de la pena en el error evitable de prohibición en nuestro derecho. La ley no establece esta limitación; por tanto, aplicarla como criterio general implicaría una analogía *in maiam partem en perjuicio del reo*.

C. Errores Directos e Indirectos de Prohibición

[Zaffaroni, E.]^{iv}

[P. 576] Se denomina error de prohibición al que *impide exclusivamente la compresión del carácter y entidad de injusto del acto*. Debe distinguirse de otros errores:

(c) Se asemeja al error de tipo en que este último también impide esa comprensión, pero se distingue de él en que no afecta para nada a la tipicidad;

(d) se parece al error sobre una situación objetiva de inculpabilidad (el que empuja a otro para salir antes de un supuesto incendio que no es tal) en que también elimina la culpabilidad, pero este último lo hace sin impedir la comprensión de la antijuridicidad, sino porque limita el ámbito de autodeterminación; y

[P. 577] (c) se distingue del error sobre la punibilidad (el que cree que le hurtan al padre y lo hace a un tercero) en que éste, al igual que el anterior, también elimina la culpabilidad y tampoco impide la comprensión de la antijuridicidad, pero sólo afecta al conocimiento de la conminación penal de la conducta.

En primer término, dentro del error de prohibición, debe distinguirse el error de conocimiento y el de simple comprensión. En el primer caso, se trata de *errores de conocimiento* del carácter antijurídico en sí mismo. Como la *comprensión* presupone el conocimiento, cuando falta éste la comprensión es imposible. Estos deben distinguirse del error de prohibición que no es de mero conocimiento, sino de comprensión (ver § 223). Un error de conocimiento lo padece el turista que compra divisas en la calle en un país donde eso está penado. Un error de comprensión lo sufre el indio que

³² Así, Schónke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, Rdn. 49; Lackner/Kühl, § 17, Rdn. 8; Schroeder, LK, § 17, Rdn. 26.

ancestralmente entierra sus muertos en la casa y, pese a que sabe que está prohibido, no puede internalizarlo, por efecto de su carga cultural.

El error de conocimiento de la prohibición que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto, puede ser un *error directo* o un *error indirecto de prohibición*.

Error directo de prohibición es el que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la *representación de la valoración jurídica del acto* conforme a la norma prohibitiva (el del turista mencionado).

Error indirecto de prohibición consiste en la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto. Dicho más sencillamente, *el error indirecto de prohibición es el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación*.

Este error puede obedecer a que el agente cree falsamente que la ley reconoce una causa de justificación que no existe, o bien, puede darse porque el sujeto cree que se halla en un supuesto previsto por la ley como justificante, pero que no existe en la realidad.

D. Clasificación de las Formas del Error de Prohibición

[Caridad Vargas, B. y Pérez Quirós, A.]^v

1. Error sobre la Existencia y Ámbito de la Norma

[P. 87] Este tipo de error se presenta cuando el sujeto desconoce que su acción es antijurídica. Este error puede darse ya sea porque ignora que la conducta está prohibida; porque piensa equivocadamente que su actuar está autorizado por una norma inexistente de autorización; o interpreta ampliamente la norma de autorización o restrictivamente la norma prohibitiva; creyendo así que su comportamiento está permitido o no prohibido. Y aquí nos detenemos ante el error de Subsunción, como una especie de esta clasificación. Este se presenta cuando se interpreta incorrectamente una norma, reconociendo el autor la prohibición existente, pero con la convicción de que tal prohibición no alcanza la conducta realizada por él. Y vale aquí la aclaración de que no todo error de subsunción es un error de prohibición. Citemos un ejemplo en el cual un error de subsunción es un error de tipo; el autor conoce el contenido objetivo de un elemento del tipo, pero se equivoca sobre su significado jurídico-penal, de tal forma que no considera que la placa de su automóvil es un documento público. El error de subsunción será relevante o no de acuerdo a las circunstancias particulares del caso y de la “valoración paralela en la esfera del profano” para poder determinar su vencibilidad o no.

[P. 88]

2. Error sobre la Validez de una Norma Prohibitiva

Esta clase de error lo tenemos cuando el sujeto conoce la prohibición, pero cree que no es válida pues piensa erróneamente que la norma prohibitiva en cuestión fue derogada o porque se opone a otra de rango superior, como la Constitución.

No será error de prohibición si la persona estima que la norma no es obligatoria para él, no teniendo validez respecto a él exclusivamente, pues estaríamos ante un autor por convicción, y en este caso, el delincuente por convicción posee la conciencia de lo injusto, sabe y conoce que su actuar es ilícito.

3. Error sobre la Validez de una Norma de Autorización

Aquí el sujeto tiene la errónea creencia de que su conducta prohibida está justificada por la existencia de una norma de autorización reconocida por el Orden Jurídico. Citemos el caso del mecánico, quien cree erróneamente que la norma que autoriza el derecho de retención le permite vender el bien privadamente para pagarse el monto adeudado

4. Error sobre la Presencia de una Situación Objetiva de Justificación (Justificación Putativa)

La conocida justificación putativa, se da cuando el individuo cree estar en una situación de hecho inexistente, que de existir realmente

[P. 89] haría su conducta justificada. En otras palabras, el sujeto piensa que actúa en una situación objetiva de justificación cuando en la realidad no existe. Ejemplo. Juan mata a Pedro pensando que es un extraño que lo va a agredir, cuando realmente Pedro se vistió de ladrón para jugarle una broma.

Pero no solamente se da el caso de legítima defensa putativa. Puede suceder también que el sujeto cree actual' para salvar un bien mayor, que no corre peligro alguno, o bien, se retiene una cosa porque el acreedor piensa que no le han pagado todos los gastos de reparación, cuando la cuenta está saldada. Como último ejemplo, quien se mete a un predio (perpetuándose el delito de usurpación) pero piensa que por el Estado de Necesidad en que vive (causa de justificación) tal conducta está justificada.

La situación objetiva de justificación sólo existe en la imaginación del autor...

JURISPRUDENCIA

1. Diferencias Entre el Error de Prohibición Vencible e Invencible

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago]^{vi}

Voto de mayoría:

“III- RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO. En su único motivo de apelación, el Fiscal Auxiliar de Buenos Aires, Licenciado Roy Ureña Rojas, alega inconformidad con la fundamentación jurídica, concretamente por incurrir el Tribunal en ausencia parcial de la fundamentación jurídica. Arguye que el Tribunal al dictar sentencia absolutoria en favor del imputado C dijo que mantenía una duda razonable referente a que el encartado tuviera conocimiento que el dueño de la finca no poseía los permisos correspondientes para aserrar la madera. Aduce que la Juzgadora indicó que el imputado pudo haber incurrido en un error pensando en que el señor Á tenía esos permisos. Agrega que el Tribunal se fundamentó en el dicho del testigo F, quien dijo que el señor Á dueño de la propiedad le dijo al encartado que no había problema, que todo estaba arreglado. El recurrente estima que por ser el imputado C vecino del lugar, viviendo en esa comunidad desde hacía tiempo conocía que era zona boscosa. Que trabajó muchos años sacando madera y sabía lo delicado que era esa actividad, por lo que debió pedir los permisos al dueño o bien verificar en el Minaet que se encontraba cerca de la finca, si se tenían los permisos. En síntesis, el señor Fiscal considera que el encartado de haber incurrido en un error era vencible pues dudó sobre laantijuridicidad de su acción, tan es así que consultó sobre el hecho de si existían los permisos. Alega el recurrente que el Tribunal no analizó si ese error de prohibición era vencible o invencible dejando ayuna la sentencia de fundamentación jurídica. Solicita se anule la sentencia únicamente en cuanto al hecho primero de la acusación y en lo que toca al imputado C, ordenando el reenvío correspondiente. Sin lugar el reclamo. Ciertamente la sentencia no concluye en la absolución del imputado C, utilizando un lenguaje técnico-jurídico como el que extraña el recurrente. Comparte ésta Cámara con el señor Fiscal, que el fallo no analiza el error de prohibición (creencia de que su conducta no resulta cubierta por el ámbito prohibitivo de la norma), sino que en forma muy artesanal, estima que de acuerdo a la prueba recibida, existe una duda razonable sobre el hecho de que el encartado tuviera conocimiento de que el dueño de la finca no poseía los permisos correspondientes para el aserrío de la madera. Lo anterior en términos jurídicos equivale a decir que el Tribunal tiene dudas sobre el conocimiento de la antijuridicidad de su acción de parte del endilgado. Ahora bien, lo que debe valorarse por parte de ésta Cámara para no decretar nulidades sin la existencia de un agravio, es si los elementos probatorios recibidos respaldan la conclusión del Tribunal, o bien si violentó las reglas de la sana crítica. El tema del error de prohibición vencible y el invencible no es un asunto fácil de zanjar. Deberá

examinarse cada caso en concreto y con base en las circunstancias del hecho, personalidad, formación académica del imputado, determinar si pese al error, este podía ser evitado. Al respecto Jescheck nos indica: " El error de prohibición puede ser vencible o invencible. El error de prohibición invencible no puede reprocharse al autor, pues quien no se encuentra en situación de advertir lo injusto del hecho no demuestra ninguna actitud censurable hacia el Derecho cuando lo vulnera....Por el contrario, en el error de prohibición vencible se suscita la cuestión de en qué medida y con qué fundamento puede formularse un reproche de culpabilidad. Sobre esto debe, en principio decirse: el ordenamiento jurídico exige no sólo al hombre que evite lo que ante sus ojos aparezca claramente como injusto; además debe esforzarse en actuar siempre en consonancia con el Derecho...El baremo para decidir la evitabilidad del error de prohibición ha de ser el mismo que se maneja en la imprudencia en relación al deber de examen del autor. Debe partirse de la consideración de que el conocimiento de las circunstancias del hecho que proporcionan indicios sobre lo injusto debería constituir para el autor ocasión de comprobar la relación del hecho con el orden jurídico. Sin duda la intensidad de la incitación al examen de la antijuridicidad que emana del conocimiento del tipo varía según la clase de delito. Cuando el hecho no constituya únicamente una infracción al derecho, sino al mismo tiempo una vulneración insopportable del orden moral, el error de prohibición será evitable..... Si el autor duda acerca de la vigencia de un precepto por él conocido, no le es lícito limitarse a seguir la concepción que le resulte más favorable, sino que debe procurarse el consejo del experto. Unicamente le disculpara la información que sobre el Derecho obtenga de una fuente fiable" (JESCHECK Hans. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Barcelona. Bosch. 1991. Pp 628-630). En el presente caso, de acuerdo a la versión del testigo F, el encartado fue contactado por el dueño de la finca Á, quien le propuso que le ayudara a sacar una madera de un árbol, siendo que el imputado le dijo que el problema era que no tenía motosierra y que era peligrosa la actividad, a lo cual según la sentencia, el deponente se refería a que era arriesgado que llegaran los funcionarios del Minaet. Siendo que el dueño de la finca le aseguró que todo estaba en regla, que tenía los permisos, que cualquier cosa si llegaban los del Minaet, lo llamara. Para ésta Cámara la personalidad y educación del encartado C (agricultor, de baja escolaridad) en una zona rural, si bien conocía la existencia de la norma prohibitiva (aserrar madera sin permisos), su duda sobre la existencia de permisos la resuelve conforme lo haría una persona de sus características preguntándole al dueño de la finca si tenía los permisos, a lo cual éste le responde afirmativamente. Estima éste Tribunal que se trata de una fuente fiable para las condiciones educativas y personalidad del imputado, sin que el derecho pueda exigir a una persona de esta condición el acudir al Minaet a averiguar si era cierta la información dada por el dueño de la finca. Mucho menos cuestionar a quien le estaba dando trabajo- tan escaso en estos días- exigiéndole que le mostrara los permisos. Por ello, si bien el Tribunal no analizó el punto de la vencibilidad del error en forma específica, se estima que sus conclusiones en cuanto a

la duda sobre la falta de conocimiento de la antijuridicidad de parte del acusado sobre la existencia de los permisos, resulta acorde con la prueba recibida y ajustada a las reglas del correcto entendimiento humano. Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo.”

2. Error de Prohibición Directo e Indirecto

[Sala Tercera]^{vii}

Voto de mayoría

“III. [...] 2) Sobre el motivo admitido en casación para el conocimiento de fondo. El reclamo no es de recibo. La representación fiscal acusa errónea interpretación del numeral 35 del Código Penal, indicando que de forma equívoca, el Tribunal de Apelación consideró la existencia de un error de prohibición, manteniendo, por razones distintas, el sobreseimiento definitivo dictado por el juez de Flagrancia. Previo a realizar el análisis de fondo respectivo, es necesario determinar los hechos tenidos por sobreseídos: “1) El día 10 de diciembre de 2012, aproximadamente a las 6:35 horas, en San José, frente al Centro Comercial del Sur, en las oficinas centrales del Ministerio de Seguridad Pública, concretamente en la entrada de acceso al público, el imputado D. portaba dentro de un bolso tipo “maricona” que llevaba atado a su cintura, el arma de fuego marca Heckler & Koch, calibre 380, LR, clase pistola, modelo HK4, serie número HRO 8443, color negro, la cual se encuentra en buen estado y en condiciones aptas para disparar, a sabiendas de que no contaba con el respectivo permiso de portación de armas de fuego que extiende el Departamento de Control de Armas y Explosivos. 2) En ese momento, oficiales de la Fuerza Pública que se percataron de que el imputado D. portaba esta arma de fuego, le solicitaron los respectivos permisos; sin embargo, al verificar que no contaba con los mismos, se le decomisó dicha arma y fue detenido en el acto.” (Registro audiovisual de la audiencia oral inicial, del diez de diciembre de 2012, a partir de la secuencia 15:50:20 y acta escrita que consta en el expediente, folio 14). De los hechos expuestos se extrae claramente que: 1) el imputado sabía que portaba un arma de fuego (la llevaba en su cintura al momento de presentarse a las oficinas centrales del Ministerio de Seguridad Pública, 2) por ley, se requiere un permiso para la portación de armas de fuego, 3) no se encuentra autorizado para portar armas y 4) a pesar de ello, la decide portar. A partir de lo anterior, queda evidenciado que el autor actúa conociendo la existencia de una norma contemplada en la Ley de Armas y Explosivos, que sanciona la portación sin los respectivos permisos y que a pesar de no contar con ellos, se decanta por portarla, lo que determina que la conducta es típica, toda vez que se cumplen con los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Por otra parte, en ningún momento se discutió sobre la existencia de una causa de justificación (establecidas en el Código Penal a partir del artículo 25: cumplimiento de la ley, consentimiento del derechohabiente, estado de

necesidad o legítima defensa). Asimismo, de los mismos hechos acusados por el ente fiscal se infiere, que el arma estaba “en buen estado y en condiciones aptas para disparar”; de esta manera, la conducta también resulta antijurídica formal y materialmente. Este análisis, a diferencia de lo que señala la fiscal en su recurso, no se extrae de la declaración del encartado, sino que se comprueba de las propias pruebas que ofrece el Ministerio Público para motivar la pieza acusatoria, las cuales no restan mérito de manera alguna a la declaración indagatoria que ofreció el endilgado durante la audiencia inicial. Todo lo contrario, de forma incuestionable, el sindicado ofreció oportunamente, el material probatorio que respaldó su dicho (tal y como consta en el registro audiovisual de la audiencia oral inicial, del diez de diciembre de 2012 y en el acta que rola a folios 8 y 9 del legajo principal) el cual ha sido descartado por la fiscal, sin ofrecer justificación alguna para desacreditarlo. Y es aquí donde efectivamente se debe realizar una valoración integral de todo el elenco probatorio de cargo y de descargo, para determinar la culpabilidad respecto a la delincuencia acusada. El justiciable señaló que a primeras horas de ese día, se presentó al Departamento de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública, con el fin de obtener el permiso deportación de armas. Aclaró que la portaba sin municiones, porque la presentación era un requisito en ese departamento para obtener la matrícula respectiva, así como para que se le extendiera el permiso de portación de dicha arma de fuego, exigiéndose la confrontación material de la misma para verificar la serie, marca, modelo, tipo, calibre y buen estado. Igualmente agregó, que previo a su comparecencia para efectuar dichos trámites, se comunicó con ese departamento para obtener la información sobre los requisitos correspondientes y la operadora que lo atendió, fue enfática en señalarle que debía presentarse con el arma de fuego que pretendía registrar para obtener el permiso. Si bien la fiscal insiste en obviar las razones que en forma motivada ofreció el encausado, las mismas se encuentran respaldadas objetivamente mediante pruebas documentales: el lugar y hora de detención se encuentran acreditados en el parte policial; los requisitos para llevar a cabo las diligencias mencionadas, los llevaba consigo el imputado al momento de la detención y le fueron entregados al juez de flagrancias y a la fiscal durante la audiencia oral inicial, consistentes en exámenes psicológicos, carta venta del arma de fuego decomisada, fórmulas de inscripción, carta dirigida al Jefe de Control de Armas y Explosivos para solicitar la inscripción del arma, hoja de antecedentes penales, fotografías y timbres fiscales; requisitos que efectivamente se exigen para obtener los permisos e inscripciones referidas por el justiciable. Lo anterior demuestra de manera indubitable, que el imputado no se planteó la ilicitud de su conducta al momento de actuar, precisamente porque los propios funcionarios del Departamento de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública, son los que le brindan la información sobre los requerimientos para efectuar dichos trámites. En consecuencia, el endilgado actuó sometido a un error de prohibición, el cual debe reputarse invencible, porque cualquier ciudadano medio que procede de buena fe, creería en los lineamientos e

indicaciones provenientes de la máxima autoridad en materia de armas y explosivos, precisamente del órgano regulador perteneciente al Ministerio de Seguridad Pública. Esto sería suficiente para actuar creyendo que su conducta se encuentra autorizada. En este sentido, los tratadistas MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN señalan: "Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta; en el segundo, el autor sabe que su conducta está prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos." (Derecho Penal, Parte General, 7ma. edición revisada, Tirand Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 382 y 383). Asimismo, esta Cámara ha indicado sobre el tema: "... el error de prohibición supone una defectuosa interpretación del hecho o de la norma en sí misma, lo que lleva al sujeto activo a creer falsamente que en la especie se dan las circunstancias que justificarían su conducta típica, es decir, que existe una autorización del ordenamiento jurídico para realizar la acción prevista por el tipo penal (error de prohibición indirecto), o que el hecho que realiza no está sujeto a pena, en cuyo caso el error no recae sobre las circunstancias sino sobre la prohibición misma (error de prohibición directo). Por el contrario, el error de tipo más bien supone que esa falsa representación conlleva a que el sujeto cree que en la especie no se dan las circunstancias necesarias que harían surgir la acción prevista por el tipo penal, lo que vendría a excluir el dolo: (...) un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta. Por ello, la doctrina prefiere referirse al error de tipo (ubicado su análisis en la tipicidad) y el error de prohibición (ubicado su análisis en la culpabilidad) (...) Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto. En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro

ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N°446-F-92, de las 15:25 horas del 25 de setiembre de 1992 (...) De acuerdo con lo anterior, resultaría claro que si en este caso se hubiera llegado a establecer en juicio que el imputado siempre actuó bajo la falsa creencia de que el bien que poseía no era del Estado sino suyo, estaríamos ante un error de tipo y no uno de prohibición." (Sala Tercera, sentencia N° 758-2005, de las diez horas diez minutos del ocho de julio de dos mil cinco). Por último, tampoco es de recibo el argumento de la fiscal que sostiene que por haber sido el imputado agente del Organismo de Investigación Judicial debería tener conocimiento en cuanto al manejo de armas. En primer lugar, porque los investigadores judiciales no son los que se encargan de tramitar los permisos respectivos, esta labor está asignada a la Secretaría General del O.I.J. y los requisitos y procedimientos son completamente diferentes, debido a que las armas registradas son propiedad del Poder Judicial y los permisos no se restringen a un tipo de arma específico, porque se trata de agentes policiales que están autorizados a portar diversas clases de armas de fuego, en virtud de la función que desempeñan. En segundo lugar, porque lo que se cuestiona no es si el imputado tiene o no conocimiento en el manejo de armas, sino si esta persona actuó inducido a error por el propio personal del Departamento de Armas y Explosivos, tal y como se expuso anteriormente. Por las razones expuestas, se declara sin lugar el recurso de casación formulado por la licenciada Marybeth Chinchilla Céspedes, fiscal auxiliar de flagrancias."

3. Error de Prohibición en Materia de Violencia Doméstica

[Sala Tercera]^{viii}
Voto de mayoría

"II. En el primer motivo del recurso, invoca la causa de precedentes contradictorios, entre el fallo impugnado y los votos 568-2012 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y 456-2011 del Tribunal de Casación Penal, ambos del Segundo Circuito Judicial de San José, y el 1330-2011 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Destaca que de acuerdo al voto impugnado, no basta con que se acredite la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta, sino que es preciso examinar además la antijuridicidad y culpabilidad, lo que en el caso concreto se traduce en la demostración de que el encartado se encontraba en la vivienda de la ofendida contra la voluntad de ésta, toda vez que si existiera anuencia de la víctima se estaría ante la eventualidad de un error de prohibición y por ende se excluiría la culpabilidad. Además se indica que en el caso de marras, la consecuencia de no haberse determinado las condiciones bajo las cuales el imputado se encontraba en la vivienda, no es la exclusión del dolo, sino un error de

prohibición directo invencible que excluye la culpabilidad y conlleva el dictado de la absolución. Esta posición difiere abiertamente de la sostenida en los votos señalados, siendo así que en la resolución 568-2012 de las 10:45 horas del 26 de marzo de 2012, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, en la que se establece que la víctima no tiene la posibilidad de consentir el incumplimiento de las órdenes dictadas por la autoridad jurisdiccional y por ende no puede existir error de prohibición. Al tratar el tema del consentimiento del derechohabiente, se indicó en el mismo voto que tratándose de órdenes de protección, el bien jurídico no está en cabeza de la titular de las medidas acordadas, y por ende no pueden éstos prestar consentimiento. En el voto 456-2011, de las 14:30 horas, del 14 de abril de 2001, dictado por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, se presenta una situación similar a la del fallo impugnado, pues la víctima consiente que el endilgado regrese al domicilio, lo que implica el incumplimiento de las órdenes de protección dictadas. En este caso se estableció que la ofendida no está facultada para dejar sin efecto una decisión jurisdiccional, pues por esa vía se relativizarían las decisiones judiciales, según la conveniencia de las partes. Por otra se descartó el error de prohibición, considerando al efecto que el encartado siempre tuvo claro que existía la orden y que el incumplimiento implicaba la apertura de un proceso penal. El punto ha sido objeto de pronunciamiento en la Sala Tercera, concretamente en el voto 1330-2011, de las 16:37 horas, del 3 de noviembre de 2011, en el que se analizó un caso en el que la propia víctima aceptó que el encartado se presentara a su lugar de trabajo y la trasladara a su casa de habitación, acciones que contravenían las órdenes de protección que se habían dictado en contra del primero. Al respecto se dijo que la desobediencia no se justificaba por los permisos que la ofendida concedía y que a pesar de la duda que en algún momento pudo albergar, dado que conocía el carácter prohibido de su actuar, el encartado continuó ejecutando el hecho con conocimiento actual de lo injusto. Igual posición se plasmó en el voto 760-2011, de las 16:04 horas, del 9 de junio de 2011, en el que se aborda el tema del consentimiento, como una manifestación del ciclo de la violencia, por lo que si bien las medidas se disponen en su beneficio, no son disponibles pues también existe un interés público en el mantenimiento de las medidas aún contra la voluntad del protegido, mientras perdure el riesgo de ataque a sus bienes jurídicos. Solicita que se admita el recurso y conociendo por el fondo se defina la posición de acuerdo a las circunstancias fácticas existentes, se disponga el reenvío de la causa al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil o al Juzgado Penal Juvenil de Alajuela, para la fijación de la pena. III. En primer término debe indicarse que tal como fue establecido por el Tribunal de Apelación de Sentencia, el elemento subjetivo del tipo penal no se ve afectado por el hecho de que no se haya determinado las circunstancias bajo las cuales la persona menor de edad encartada ingresó y se mantuvo en el domicilio de la víctima. La voluntad realizadora que impulsa la acción del encartado se conforma con los aspectos cognitivo y volitivo referidos a los elementos del tipo objetivo, que para el caso es la

existencia de la orden impartida por una jueza de la República, y el incumplimiento en que incurría en caso de ingresar al domicilio materno. En los fallos que el recurrente ofrece a fin de demostrar la contrariedad con la sentencia de apelación recurrida, se descarta de manera contundente que la anuencia de la víctima o su consentimiento para que el agresor incumpla la orden emanada del juez de violencia doméstica, constituya una causal de justificación y por tanto excluya la antijuridicidad de la conducta. Así por ejemplo en el voto 568, de las 12:45 horas, del 26 de marzo de 2012, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, establece con toda claridad: “En el caso de las órdenes judiciales de protección, claramente, el bien jurídico que las respalda no es un bien jurídico en cabeza de la ofendida, que ni siquiera es realmente ofendida en el sentido normativo, sino tan solo la titular de una serie de medidas de seguridad que le han sido acordadas, para evitar que su compañero o esposo la pueda agredir, perturbar, insultar o de cualquier manera afectar en su tranquilidad. Es decir, que el bien jurídico del que se está hablando no es de aquellos sobre los que es dable prestar consentimiento por parte del derechohabiente, pues el destinatario de la norma tan solo puede actuar en su contexto.” El punto no ofrece mayor dificultad, por cuanto la víctima es destinataria de la protección que mediante las órdenes se aspira brindar, pero también está de por medio la autoridad pública que se vería lesionada, con grave riesgo para el funcionamiento normal del Estado de Derecho, si sus disposiciones dependieran del criterio de terceros y particularmente cuando se trata de una persona inmersa en una conflictiva de violencia contra la mujer. Aunque la Sala comparte dicha posición, es claro que el voto no aborda el tema concreto planteado por el recurrente. Interesa en este asunto, dilucidar la contrariedad entre la resolución recurrida y los votos propuestos, en cuanto la primera considera que opera un error de prohibición invencible, por no haberse determinado las circunstancias en que se dio el incumplimiento de las medidas de protección, concretamente la que conminaba al encartado a no ingresar al domicilio de su madre. El voto 568-2012 del Tribunal de Apelación de Sentencia, del cual se transcribió un fragmento, no analiza el tema del error de prohibición como derivado del consentimiento de la víctima, por lo que no interesa a los efectos del análisis que se pretende. En la resolución 456, de las 14:30 horas, del 14 de abril de 2011, el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, se dijo: “El tema a discusión es, si al consentir la ofendida que el encartado retornara al hogar tiene el efecto de invalidar la orden judicial emitida, que le impedía ingresar a la vivienda bajo apercibimiento de desobediencia de tal decisión. La respuesta a esta interrogante es negativa. Efectivamente, no es posible que una persona particular, aunque sea la ofendida, pueda dejar sin efecto una decisión emitida por una autoridad jurisdiccional, porque ello llevaría a relativizar las decisiones judiciales de acuerdo a la conveniencia de los interesados y en este caso hay un evidente interés público en el cumplimiento de los mandatos judiciales. Por ello, en este caso, no existe un error de prohibición como alega la defensa, pues el encartado

siempre tuvo claro que existía la orden y que el incumplimiento implicaba la apertura de un proceso penal por incumplimiento.” (la negrita es suplida). Desde una perspectiva de la vigencia de las órdenes, es irrelevante la consideración de la víctima, por lo tanto la validez de las medidas subsiste a cualquier consentimiento tácito o expreso que ésta manifieste. Sin embargo, ello no resuelve el tema esencial del alegato planteado, cual es la posibilidad de que a consecuencia de una manifestación de la persona directamente beneficiada con las órdenes de protección, el encartado considere, erróneamente, que puede actuar en contra de la orden sin incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad. La cuestión no admite una solución única aplicable de manera automática a todos los casos. El error de prohibición consiste en la situación de desconocimiento o ignorancia en que se encuentra el sujeto activo en torno al carácter ilícito del hecho, sin embargo la particular situación de desconocimiento o ignorancia del agente, no afecta la naturaleza ilícita del acto. Es el caso de quien comete una acción que cumple con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, sin estar amparado a causa de justificación alguna, pero que actúa en la creencia de que las circunstancias lo permiten, en cuyo caso el error recae sobre las causas de justificación - error de prohibición indirecto-, o creyendo que su conducta no es prohibida, supuesto en el que el error se ubica en la conciencia de antijuridicidad de la conducta, configurando el error de prohibición directo. En el voto transcrito, el Tribunal descarta la existencia de un error de prohibición basado en que el encartado siempre supo que existía una orden y que de incumplirla incurriría en el delito. Dicho análisis resulta insuficiente para el caso que nos ocupa, por cuanto el conocimiento de la orden y de las consecuencias aparejadas a su incumplimiento se originaron en la notificación de las medidas, elementos que analizados a la luz de la teoría del delito, se ubican en el primer nivel relativo a la tipicidad de la conducta. Aunque la realización dolosa de una conducta típica, frecuentemente conlleva la conciencia de antijuridicidad, ello no siempre se cumple, pues situaciones sobrevivientes, que conciernen a la antijuridicidad y a la culpabilidad del hecho, podrían evidenciar una conciencia distorsiona o inexistente. En el voto 456-2011 citado, no se llegó a profundizar sobre tales particularidades, que son las que ponen la nota distintiva en el caso bajo análisis. La resolución 1330-2011 de esta Sala, aborda un caso en el que existiendo órdenes de protección que se lo impedían, el sujeto frecuentemente recogía a su expareja en el trabajo, y el día en que la víctima se negó, el encartado mediante la fuerza e intimidación la obligó a subirse al vehículo. Se dijo en aquella oportunidad que siéndole conocida la orden, si las circunstancias ameritaban una modificación de la misma lo procedente era acudir a la autoridad encargada y gestionar lo pertinente: “Pero lo que no podía hacer era pretender justificar su desobediencia al amparo de los permisos que le brindaba en forma consciente la ofendida, ya que a pesar de la posible duda que pudiera haber tenido en algún momento –porque conocía el carácter prohibido de su actuar-, aún así continuó adelante, ejecutando el hecho con conocimiento actual de lo injusto.”. En este caso el

análisis abarca el conocimiento de ilicitud de la conducta, elemento directamente vinculado con el error de prohibición que nos interesa, que en este caso se descartó al tenerse por acreditado que concurría en el justiciable el conocimiento actual de la ilicitud del acto. Para esta Sala, otras son las circunstancias que se presentan en el caso de interés, según se pasa a exponer. En primer término nos encontramos ante un proceso penal juvenil por el delito de desobediencia a la autoridad, contra un joven de 15 años de edad al momento de los hechos, en el que su madre figura como víctima. Es un elemento trascendental que de entrada nos lleva a reflexionar, si es posible extraer los criterios jurisprudenciales emitidos por un Tribunal de la justicia penal ordinaria, dentro de una investigación por el delito de incumplimiento de medidas de protección –dato que nos advierte de la condición de pareja preexistente entre víctima y encartado-, a un caso tramitado contra una persona menor de edad, en el marco de una conflictiva originada en patrones de violencia de género, pero dentro de una relación materno filial. El punto ha de ser dilucidado tomando en consideración los principios esenciales que informan la materia penal juvenil, dentro de los cuales resulta primordial el principio de justicia especializada establecido en el artículo 12 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en cuanto encarga a órganos especializados, la administración de justicia en materia de personas menores de edad. Es conocido que la justicia penal ordinaria y la materia penal juvenil, comparten un extenso bagaje jurídico integrado por principios y garantías ampliamente desarrollados a nivel legal, doctrinario y jurisprudencial. Tal comunidad, no significa que se puede aplicar mecánicamente en la justicia de personas menores de edad, criterios desarrollados para ser aplicados a adultos. Las diferencias existentes entre una persona mayor de edad y una menor de edad, originadas entre otras condiciones en el grado de desarrollo maduracional y experiencia de vida, deben ser consideradas y respetadas en todas las etapas del proceso penal juvenil, a los efectos de no hacer nugatorio el ejercicio de los derechos y garantías que se reconoce desde la Constitución Política, los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, a las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. A ese respecto el artículo 8 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala: “Esta ley deberá interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales del derecho penal, del derecho procesal penal, la doctrina y la normativa internacional en materia de menores. Todo ello en la forma que garantice mejor los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados, las convenciones y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica.”. Hasta el momento quedan claros dos puntos concretos, a saber, que la existencia de un error de prohibición debe ser analizada caso por caso a fin de profundizar en las circunstancias particulares que pudieron haber propiciado en el sujeto activo un conocimiento erróneo o viciado en torno a la ilicitud del hecho, y que contraviene los principios que integran la materia penal juvenil, la recepción de criterios jurisprudenciales provenientes de la justicia ordinaria. Si no se puede aplicar criterios de una materia a la otra, tampoco podría declararse

contrariedad entre precedentes, en atención a que según se dijo, existe una diferencia sustancial en los presupuestos de hecho, referida a la condición etárea de los sujetos activos, que obliga para el caso de la materia penal juvenil, a considerar sus necesidades básicas, el nivel de desarrollo maduracional del encartado, las opciones de reincorporación a nivel familiar y social, y otros aspectos que o no se presentan o lo hacen de manera más atenuada cuando se trata de personas mayores de edad.IV. Dicho lo anterior, corresponde ahora determinar si en el asunto bajo estudio concurren en el joven encartado las condiciones que lo ubican en un error de prohibición. En la sentencia impugnada se afirma que la víctima consintió el ingreso de su hijo a la vivienda, lo cual deriva de la declaración del joven, así como de la denuncia interpuesta por la ofendida. El primero manifestó que “se encontraba viviendo en esa casa porque es la única que tiene para vivir” y la segunda expresó que el día de los hechos su hijo se había levantado y luego de desayunar fue que se dieron los hechos, de lo cual acertadamente concluye el a quo que medió consentimiento de la madre pues dicha cohabitación no hubiese sido posible contra su voluntad. De seguido se afirma que el Ministerio Público en virtud del principio de la carga de la prueba, debió demostrar que la permanencia en la vivienda era contraria a la voluntad de la víctima, pues al no existir elementos en tal sentido se daría la eventual configuración del error de prohibición. Considera esta Sala, que tal razonamiento resulta incompleto al no expresar la forma en que el consentimiento de la víctima pudo incidir en el erróneo conocimiento del encartado sobre la ilicitud del hecho. Como ya se dijo, no es posible aplicar un error de prohibición de manera automática, como parece que se dio en este caso ante una supuesta deficiencia probatoria. Pese a ello, es criterio de esta Cámara que si opera la exclusión de la culpabilidad, en atención al error de prohibición en que se encontró el encartado. Se arriba a tal conclusión luego de valorar las circunstancias en las cuales se dio el ingreso del joven a la vivienda, y que se derivan de los propios autos. Consta a folio 62 el acta de notificación de las medidas de protección, realizada el 24 de junio de 2011, en la que se acota por parte de la autoridad actuante “se le notifica pero no se le traslada a el (sic) PANI ya que queda a la orden del OIJ a cargo de los oficiales... y... por una orden de presentación número 11-000334-816-PJ de flagrancia por lo que se le notifica pero no se le desaloja”. A folio 21, se encuentra la denuncia interpuesta por la ofendida Esquivel Hidalgo en la que se indica: “Yo hace un año le había (sic) solicitado medidas de portecion (sic) a la jueza de Violencia domestica (sic) por que Jhonny es muy malcriado y es hiperactivo y agresivo el antes tomaba medicamento pero hace mas de un año no por que no tengo seguro, a él le habían (sic) notificado las medidas y jhonny (sic) había (sic) 2 veces en el zurqui (sic), ahora en abril a principios de abril del 2012, el (sic) había estado en el Zurqui (sic) por incumplimiento de medidas por que esa vez me cortó en la mano, a jhonny le habían (sic) dado la salida del zurqui (sic) y debia (sic) el pani llevarselo (sic) pero no lo hicieron y a las 9:00 de la noche me llamaron para que yo le supiera (sic) que quedaba en libertad y como a las 10:00 llegó patrulla y lo dejo (sic) en la casa y yo lo acepte (sic)

y desde ese momento él estaba en la casa y no habían (sic) problemas hasta hoy que se puso agresivo". Tal como se indicó en la sentencia de segunda instancia, en razón de que la ofendida se abstuvo de declarar en el debate, la incorporación y valoración de la denuncia es ilegal, salvo en circunstancias como la presente, en que la prueba beneficia al encartado. Queda claro que la ofendida y madre del encartado consintió en que el joven regresara a la vivienda familiar, lo que ya de por sí pudo provocar confusión en el encartado y llevarlo a creer erróneamente, que contaba con autorización para permanecer en la casa. Pero además, fueron los oficiales de policía quienes lo trasladaron desde el centro de internamiento de menores hasta su vivienda, debido a que no fue posible ubicarlo en el Patronato Nacional de la Infancia. Esta circunstancia que no había sido advertida, en la sentencia de juicio ni en la de apelación, es de gran relevancia para el tema que nos ocupa. Desde la perspectiva de una persona menor de edad, e incluso partiendo de una posición adulto céntrica, es posible afirmar que nadie tiene por que pensar que al acatar disposiciones provenientes de una autoridad de policía, está incurriendo en un delito. En el presente caso, no existe duda de que el encartado Rodríguez Esquivel tenía conocimiento de la existencia y vigencia de las órdenes de protección, por cuanto le fueron notificadas personalmente, y que además sabía que en ellas se le conminaba a no ingresar al domicilio de su madre. No obstante, con posterioridad al dictado de tales órdenes, estuvo recluido en dos ocasiones en un centro de internamiento de menores, de donde egresó por orden de una autoridad judicial y fue trasladado por oficiales de policía al único lugar que tiene para vivir, como él mismo lo expuso, en donde su madre lo aceptó. El ingreso y mantenimiento del encartado dentro de la vivienda de la ofendida, se dio en circunstancias bajo las cuales el menor, y cualquier persona, podía válidamente creer que su actuación era lícita. Se verifica en este caso la existencia de un error de prohibición directo, en razón de que el desconocimiento recae sobre el conocimiento del carácter ilícito del hecho, y no sobre la falsa existencia de una causa de justificación. El error es además invencible por cuanto no tenía a su haber ningún medio a partir del cual informarse de la situación que se le presentaba, no solo por que el traslado desde el centro de menores hasta su casa se dio en horas de la noche, sino por que además las dos figuras de autoridad que le son conocidas a saber las autoridades estatales por un lado, representadas por las autoridades del centro de internamiento y los policías, y su madre por el otro, no encontraron reparo, ni le hicieron saber que aquello era incorrecto. Por lo expuesto sin lugar el motivo. V. En el único motivo del recurso por el fondo, se alega errónea aplicación de un precepto sustantivo, pues el Tribunal parte de la existencia de un error de prohibición directo invencible –sin razonar por que (sic) sería invencible-, por el hecho de que su permanencia en la vivienda pudiera estar autorizada por la madre, cuando lo cierto es que la persona protegida no tiene la potestad de decidir sobre la vigencia de las medidas de protección, y por lo tanto su consentimiento no elimina la orden emitida por autoridad competente, ni induce a error al imputado dado que éste era conocedor

de que la orden fue emitida por un Juez de la República y por lo tanto solo podía ser revocada por la misma autoridad. Señala que la decisión del Tribunal de Apelación de sentencia provoca un grave perjuicio a los intereses del Ministerio Público, cual es que el menor sea sancionado conforme a los parámetros legales. Solicita que se admita el recurso y conociendo por el fondo se determine que lo procedente es declarar al imputado autor responsable del delito que se le atribuye y consecuentemente se le imponga la sanción correspondiente conforme a los artículos 121 y 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, a cuyo efecto se ordene el reenvío al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil o al Juzgado Penal Juvenil de Alajuela, para la fijación de la pena.VI. Sin lugar el motivo. Como se expuso al resolver el primer motivo del recurso, concurren en la especie las condiciones de un error de prohibición directo invencible. Sin embargo, advierte esta Sala un problema a nivel de tipicidad de la conducta, que tiene que ver con el contenido de la orden emanada del Juzgado de Violencia Doméstica. Según consta en la resolución de las 16:43 horas, del 23 de junio de 2012 (folio 7) se dictaron las siguientes medidas de protección: "a) La salida inmediata de Johnny Alberto Rodríguez Esquivel del domicilio común, pudiendo sacar de la vivienda únicamente sus objetos personales, documentos o instrumentos de trabajo o estudio. En el término de veinticuatro horas, deberá informar a este despacho la dirección exacta de su nueva residencia, bajo el apercibimiento de seguirle causa por incumplimiento de una medias (sic) de protección si no lo hace.- Si se resiste o incumple la orden será obligado (a) por la Fuerza Pública, quienes podrán permanecer dentro de la vivienda al momento de ejecución de esta medida, para brindar la protección requerida. POR SER EL PREVENIDO UN MENOR DE QUINCE AÑOS DE EDAD, SE DISPONE QUE DEBERÁ SER EN EL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA DONDE SERÁ DEPOSITADO A EFECTO DE QUE SEA ALBERGADO EN ALGUNO DE SUS CENTROS MIENTRAS SE RESUELVE ESTE PROCESO. DE MOMENTO AL NO PODER COORDINAR CON LA LINEA 911 DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA DEL ALBERGUE PARA REUBICAR A LA PERSONA MENOR DE EDAD SE LE FIJA A LA SEÑORA ROXANA ESQUIVEL HIDALGO UN DOMICILIO DIFERENTE AL QUE COMPARTE CON SU HIJO Y QUE LA PROTEJA DE FUTURAS AGRESIONES, CON LA FINALIDAD DE GARANTIZARLE LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA..." (el resultado pertenece a original) El cumplimiento de la orden emitida en contra de Rodríguez Esquivel, involucraba tanto al Patronato Nacional de la Infancia como a la propia ofendida, pues el primero debía brindar el albergue y la segunda mantenerse fuera de la vivienda, el tiempo necesario para conseguir alojamiento seguro a la persona menor agresora. Al dictar la orden indicada, la juzgadora consideró el interés superior de la persona menor de edad y por lo tanto, luego de analizar la conveniencia de que éste saliera del domicilio familiar, para garantizar la seguridad de la madre, dispuso lo necesario para proteger y garantizar el efectivo disfrute de los derechos del agresor en tanto menor de edad. Téngase en cuenta además, que según lo expuso la señora Roxana Esquivel Hidalgo al interponer la denuncia respectiva (folio 21), cuando su hijo egresó del centro de internamiento de

menores, debía asumirlo el Patronato Nacional de la Infancia, pero como no lo hicieron, una patrulla lo llevó a su casa a las diez de la noche, y desde ese día permaneció con ella. Queda claro entonces que el menor no ingresó por voluntad y decisión propia a casa de su madre, sino que fue llevado ahí por oficiales de policía, ante la inoperancia de las instancias encargadas para brindar una solución más acorde a las medidas de protección dictadas. Con dicho ingreso, el encartado Rodríguez Esquivel no violentó la orden, por cuanto en ésta se estipuló claramente que mientras no se le proveyera de alojamiento seguro, la ofendida debía abandonar el domicilio común. Al aceptar a su hijo en la casa, la señora Esquivel Hidalgo no invalidó la orden emanada de autoridad competente, pero si obstaculizó el cabal cumplimiento de la misma, por cuanto en tales circunstancias lo dispuesto por la jueza era la salida de la víctima. Dada la forma en que fue dictada, el incumplimiento de la orden sería atribuible al menor encartado, únicamente si contando con un albergue seguro, lo abandonara para trasladarse al domicilio de su madre, pero nunca si careciendo de otra opción, permaneciera en el único sitio que le proporciona el abrigo a que tiene derecho. Así las cosas, es criterio de esta Sala que la conducta del menor no configuró el delito de desobediencia a la autoridad, por lo que comprobada la atipicidad de los hechos acusados, se confirma la absolución dictada a favor de Johnny Alberto Rodríguez Esquivel.”

4. Exceso de Defensa y Error de Prohibición

[Sala Tercera]^{ix}

Voto de mayoría

“IV. [...] La señora Fiscal, pese a que plantea el recurso de casación por el fondo, alegando una errónea aplicación de la ley sustantiva, en realidad cuestiona la valoración de la prueba que realizó el Tribunal, específicamente en cuanto a la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica, y el principio de derivación lógica. Así, la recurrente indica: *“Debe hacerse notar que el tribunal en todo momento habló y señaló vehementemente de que se dio una pelea dual entre el occiso y D y que en cierto momento el occiso (quien se encontraba ebrio) utilizó piedras en dicha pelea. Podríamos pensar que al momento en que L se armó, la pelea ya había tomado un matiz de disparidad, y podría hablarse de una agresión ilegítima pues ya había disparidad entre contendores. En lo que no coincidimos con el tribunal de mérito es la consideración de que se dio la circunstancia de la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. El hoy occiso L estaba ebrio (.207 de alcohol en sangre) no así D ni G, quienes estaban sobrios, esto quiere decir que tienen una mejor capacidad de discernimiento y reacción...Eran dos contra uno, G y D contra L, G estaba armado, en realidad bajo esas circunstancias analizadas por el tribunal y tenidas por ciertas ¿EN REALIDAD ESTABA EN PELIGRO LA VIDA DEL SEÑOR D?. Era*

necesario para “salvarle la vida” a D, matar a L. Nótese que el señor D tuvo lesiones que le incapacitaron por tres días para el desempeño de sus ocupaciones habituales y no produjeron ninguna incapacidad permanente. Si se observan las fotografías del occiso cuando era colocado en el féretro, aportadas por la actora civil, se aprecia que el hoy occiso también sufrió lesiones propias de pelea, raspones, golpes, etc. Considerables (sic), denotándose que ambos habían agredido y se habían agredido. Bajo todas esas premisas que el tribunal tuvo por demostrado y que arrojó la prueba, no corría peligro la vida de D, y por ende no se da el segundo presupuesto para considerar la causa de justificación en una actuación como lo es la legítima defensa, no había necesidad razonable de la defensa empleada y mucho menos que la misma se haya excedido, porque no hay legítima defensa, lo que se da es un HOMICIDIO SIMPLE". Lleva razón en sus alegatos. Efectivamente, al realizar un análisis cuidadoso de la sentencia oral dictada en este proceso, se logra detectar un vicio esencial, que evidentemente genera la nulidad de la sentencia dicha, los razonamientos del juzgador contienen apreciaciones subjetivas y contradicciones esenciales que tornan confusa la resolución, aunado a ello, los hechos que se tuvieron por probados no respetan las reglas lógicas de derivación. Es importante señalar, con relación a las reglas de la sana crítica que son estas las "que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad" (COUTURE citado por NUÑEZ, Ricardo: Código Procesal Penal, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, p. 394-395). De igual manera señala CAFFERATA NORES: "...La sana crítica racional como método para la valoración de prueba, pone como único límite a la libre convicción de los jueces, el respeto a las reglas que gobiernan la conexión del pensamiento humano: las de la lógica, las de la psicología y las de la experiencia común..." (CAFFERATA NORES, José I. Temas de Derecho Procesal Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988. p. 288). Al tenor de lo ahí indicado, es posible afirmar que los Jueces están facultados para elegir, dentro del acervo probatorio con los que cuentan en el caso concreto, los elementos que les permitan fundamentar su fallo, en el entendido de que las conclusiones derivadas por el Tribunal, sean producto de los elementos de convicción que fueron considerados para fundamentar su decisión, y que en la estructura de su razonamiento no existan contradicciones, incoherencias, o errores. En este caso, es claro que sí existen groseras contradicciones en el razonamiento del Tribunal, que generan la nulidad del fallo recurrido, ya que pese a que los jueces en su sentencia afirman que la vida del señor D nunca estuvo en peligro, y que no existió una necesidad razonable de que el imputado le disparara y le ocasionara la muerte a L en defensa de su hermano D, establecen la existencia de una legítima defensa excesiva. En cuanto a los hechos, se tuvo por probado que entre el hermano del imputado D y el ofendido L se dio inicialmente una pelea dual, en la cual ambos participaron de forma voluntaria, luego de lo cual L tomó una piedra, por lo que el imputado G, quien había realizado ya dos disparos al aire para

que estos se separaran, intervino en defensa de su hermano D, y disparó su arma contra el ofendido L, impactándolo propiamente en la parte posterior de la cabeza, ocasionándole la muerte: “...*Entonces, conclusión de todo esto, tratando de reconstruir lo que ha pasado acá: D se pelean (sic) con L, entran, salen de la pelea, se vuelven a enfrascar en pelea, se caen, se levantan, hasta que L introduce el arma, para nosotros, un arma, una piedra, y le va a golpear. En ese momento G entra y defiende a D, y la manera en que lo hace es disparándole en la cabeza a L. Eso fue lo que sucedió...*” (archivo c0000100720160000, secuencia 16:33:24 al 16:34:07). Por otra parte, los jueces valoraron, y descartaron, a la luz de otros elementos de prueba, como el testimonio de E, que les mereció absoluta credibilidad, la tesis de defensa, sea la versión del imputado, su esposa y su hermano, en el sentido de que inicialmente D estuviera siendo agredido de forma ilegítima. Refiere la sentencia que. más bien, D se había enfrascado voluntariamente en una pelea dual con el agraviado L, y establecen que el elemento de agresión ilegítima surgió hasta que el este, sea el agraviado, tomó una piedra, con la que aumentó su poder ofensivo: “*Entonces aquí vuelve a surgir el asunto aquel de que había una pelea dual, pero con más claridad, porque dentro de la declaración que da tanto D como don G y la esposa de don G también, ellos hablan de esa pelea, pero hablan de una manera tal que exponen como que fue una pelea pero que de primera entrada, de un momento a otro, aunque era una pelea dual, de un momento a otro don L está sobre D dándole con una piedra. Cuando en realidad lo que nos viene a decir E es que como que de primero como que hubo una pelea, una pelea, sí, dual. Hubo una pelea sí de agarronazo, de hombres que en determinado momento deciden arreglar sus problemas entre los dos, como se decía antes, ¿verdad? a los puños pero a los puños. Ella dice, vi que se estaban agarrando. D le dio un golpe, y esto es muy importante, porque doña E dice que D le dio un golpe, o sea que no fue que D llegó y se tiró ahí y que era muy menudo en su contextura física y lo agarraron de un momento y lo tenían abajo y lo tenían encima con la piedra y con el garrote y dándole. No, no. Ella dice que ella vio donde D le dio un golpe, seguimos dentro del asunto de una pelea, y es importante esto por algo muy importante, valga la redundancia que lo digo, de mencionar. Si estamos hablando de la existencia de una legítima defensa el primer presupuesto es que exista una agresión ilegítima, y con lo que empezamos a contar acá es que las personas se estaban agarrando entre ellas, o sea una pelea dual, ahí no hay ninguna agresión ilegítima.*” Dice doña E, dice, vi a D discutiendo con otra persona, bueno, bueno, y G, G llegó con la esposa. Me fijé otra vez, y G llegó con la esposa, traía un arma en la mano, oigan que importante esto, o sea, no fue que en determinado momento ella, G llegó al sitio y sacó el arma sino que parece que ya, dice doña E, que ella vio que él ya traía el arma en la mano. Dice, y disparó al aire y dijo que dejara a D. Si dijo que dejara a D era porque posiblemente ya, ya D le había dado un golpe pero parecía como que D iba perdiendo en la pelea, eso si es cierto, pero seguimos dentro de lo que es la pelea dual, si hay una pelea, si dos personas deciden agarrarse y pelearse lo probable es que uno le dé al otro, si quedaron

empates el clavo se lo sacarán después pero, pero generalmente uno le da al otro, y parece que aunque D había dado un golpe, ella escucha que, este, que G le dice deje las cosas, pero vea lo que dice después doña E, D se le fue encima a L otra vez y se agarraron, o se hubo. Entonces cuando empieza doña E a decirnos, ya voy a decir porque el Tribunal le cree a E, ya voy a decir porqué le da importancia a esta declaración, pero parece que entonces como que G dijo: ay, vea, paren el asunto, pero cuando ella dice, entonces L se le fue encima otra vez, o sea que ya se le había ido encima otra vez, da la idea de que como de que se separan, otra vez, vuelve otra vez D a írsele encima a L y otra vez se agarran, siempre estamos dentro del presupuesto de que dos personas están teniendo una pelea dual. **L sale corriendo y agarró una piedra. Decía mi abuelo: "ahí fue donde la mula botó a Genaro", porque el asunto se nos complica, porque parece que el asunto que empezó antes como una pelea dual, a lo macho, a lo como decía la gente de antes, verdad, a los puños se complica y ahora resulta que alguien trae una piedra. L salió corriendo y agarró una piedra, entonces G le dijo que dejaran las cosas así. D se le fue encima a L otra vez y se agarraron y cayeron en la ronda. O sea, el asunto no, si a don G nos manifestó aquí que a él le daba miedo pelear, por lo que nos dice E pareciera ser que a D no le daba miedo pelear. Una y otra vez se lanzó y a pesar de que agarraron la piedra, ya ahí había una situación diferente, un elemento diferente porque ya la situación no era una pelea dual, alguien había agarrado un objeto con la cual le estaba incrementando su posibilidad de agredir al otro, lo que nosotros en Derecho Penal llamamos un arma, y se está agarrando ya de una situación que le produce maximizar de alguna manera, su poder, su potencial ofensivo contra la otra persona porque ya tiene una piedra en su mano. Y entonces, lo que inicialmente podría haber iniciado como una pelea dual se complica, porque alguien mete un elemento que no estaba, dentro del papel, y el juego debería haberse acabado ahí, porque la idea era que se terminara el asunto como a los puños pudiera remediar, pero se agarra el arma y el asunto ya se convierte en una agresión ilegítima, porque si era pelearse con los puños era pelearse con los puños, si esa era la manera en que creían ellos, por las vías de hechos, tenían que arreglar el asunto.** Pero en ese momento, G le dice que deje las cosas así. Cayeron en la ronda, L. prensó a D otra vez y D dijo que se lo quitaran ya, claro, ya el hombre tenía una piedra. G volvió a disparar al aire, se soltaron, se volvieron a agarrar en la misma ronda, y dice algo muy importante E, ya no los podía ver. Escuché una discusión entre los tres, dice, me pasé para la otra ventana, porque E como buena tica, verdad, quería comerse el rollo. Entonces E quería ver que pasaba, ella no llamó a la policía ni se fue, ella quería ver que era lo que pasaba, posiblemente yo ahí hubiera hecho lo mismo, no la estoy criticando, solo lo digo es parte de nuestra cultura, eso nos lleva a ser buenos testigos a veces. Entonces, dice que ella se pasó a la otra ventana, a mano izquierda, y antes de llegar, antes de llegar dice, escuchó un disparó y D dijo que porqué lo había matado..." (archivoc0000100720160000, secuencia del 16:20:59 al 16:26:48). En este punto, detecta esta Cámara una grave

contradicción, ya que los juzgadores establecen que la acción de L de tomar una piedra, para aumentar su poder ofensivo, constituía por si misma una agresión ilegítima, pese a que ellos mismos afirman que luego de que este tomó la piedra fue D quien se abalanzó sobre él: *“L salió corriendo y agarró una piedra, entonces Gerardo le dijo que dejaran las cosas así. D se le fue encima a L. otra vez y se agarraron y cayeron en la ronda.”* (archivo c0000100720160000 , secuencia del 16:24:36 al 16:24:45). Igualmente contradictorio resulta el razonamiento del Tribunal al afirmar por una parte que: *“...tenemos que llegar a determinar si el seguir la vida de don L obedeció entonces, precisamente, a un acto que era necesario llevar a cabo para efectos de salvaguardar otra vida humana. Porque la única forma de poder llegar a violentar, a violar un derecho tan sagrado como este, que es la vida del ser humano, que acabo de decir que está plasmado en nuestra Constitución Política bajo la frase, en el artículo que dice la vida humana es inviolable, sólo podríamos entender de que la podríamos violar en el tanto la persona a la que se le segó, sea don L, estuviera atentando contra otra vida humana, porque son bienes de igual valor, que entonces en algún momento al poner en la balanza pues tendríamos que decidir por alguno de los dos, y si hay un agresor y un agredido, y el agredido viene a defenderse porque defiende su vida, sólo así podríamos entonces entender el poder violar esa garantía de derecho humano que se establece en nuestra Constitución y en otros instrumentos internacionales...”* (archivo c0000100720160000, secuencia del 16:01:21 al 16:02:27), para luego concluir que existió legítima defensa, aunque excesiva, pese a que en el caso concreto no estuvo en peligro la vida de D: *“El punto medular acá es que ante este dos tipos de personas, un D, D, deseoso de seguir con un pleito, un L. acostumbrado a pleito, que quería, pero que en algún momento toma un arma como es una piedra y agrede a D, la acción en este caso, en este contexto, la acción de G era la propicia para salvaguardar algún bien jurídico que estaba siendo afectado en la persona de su hermano ¿sí o no?. Bajo este contexto, estamos en una pelea dual con alguien que tiene una superioridad, pero que para el Tribunal hubiesen existido otros mecanismos por los cuales la situación hubiera sido superada, antes de recurrir al medio extremo de acabar con la vida de L. La vida humana es inviolable, y tenemos que partir de este hecho, porque si él mismo, si el mismo D se extraña de lo acontecido y dice que porqué lo había matado, según la versión de la testigo que nos da la testigo esta, E. Si él mismo se extraña y le pregunta a G porqué lo mató, es porque él mismo no podía entender de que esa situación tenía que resolverse de la manera en que G la resolvió. Dos personas peleando, dos personas deseosas de pelear, una con una piedra, es cierto, pero que llevara eso a que G tuviera que utilizar un arma y dispararle en la cabeza a L, eso nos pone en entredicho para tratar de entender de que esa era la mejor opción que había para resolver el asunto”* (archivo c0000100720160000, secuencia del 16:39:06 al 16:41:09). Incluso se indica de forma expresa en la sentencia: *“La vida, la vida de D no estaba en peligro, porque él mismo, él mismo se espantó, él mismo se impresionó cuando vio lo que G había hecho, pero*

¿porqué lo mató, porqué lo mató?". (mismo archivo, secuencia del 16:46:59 al 16:47:13). Tampoco tuvieron los jueces por establecida, a partir de la valoración de la prueba realizada por ellos y de los hechos que tuvieron por demostrados, la necesidad razonable del medio empleado por el imputado en "defensa" de su hermano, al referir: "Pero, por Dios, don G, aquí mismo se ha hablado de que habían piedras en el lugar, que había un garrote en el lugar, de que si bien es cierto pues no podía tal vez Usted meterse en un pleito, en una pelea dual, como su hermano, podía en algún momento haber dos contra uno, o tres contra uno, porque ahí estaba inclusive la esposa. Pero si seguimos la tesis de decir que no le gusta pelear, que no quería meterse en problemas, que no iba disparar a las piernas de L porque podía dañar a D, y que podía, no iba a agarrar una piedra tampoco para dañarlo porque no le gustaba, entonces, recurrir, recurrir, a la última opción, a la acción extrema de agarrar el arma y dispararle en la cabeza, de atender esa gestión un Tribunal como este, estaría en una posición de avalar cualquier tipo de agresión injustificada que se pueda dar, siempre en el orden de atentar contra la vida de una persona. Decir este Tribunal que esa era la única opción, sin más, sin no, y no lo voy a decir de la manera sarcástica en que se le dijo a la Fiscal que lo estaba haciendo, decir que don G no tenía las ganas o las agallas o el deseo o la voluntad de pelear pero que sí la tuvo para disparar un arma sobre la humanidad de una persona, en la cabeza de una persona, eso es un contrasentido... (archivo c0000100720160000, secuencia 16:41:42 al 16:43:08)... La vida, la vida de D no estaba en peligro, porque él mismo, él mismo se espantó, él mismo se impresionó cuando vio lo que G había hecho, pero ¿porqué lo mató, porqué lo mató?. A pesar de que L fuera lo que fuera, la vida humana es inviolable y en razón de la dignidad humana la vida humana es inviolable porque es un derecho humano. No se optó por medios, mecanismos, la fuerza, las piedras, los garrotes, dispararle a otro lugar, en otra parte, fue en la cabeza, en un disparo casi a quemarropa, casi de contacto que es el término que se utiliza aquí en nuestro medio. Y no se optó por el medio, sino que se actuó en defensa precisamente de los intereses de D, pero actuando en un exceso de esa defensa... (mismo archivo, secuencia 16:46:59 al 16:47:51)". Es decir, como se indicó supra, el Tribunal descartó que la vida de D estuviera en peligro, elemento que habían indicado anteriormente resultaba indispensable para tener por establecida la legítima defensa, y también descartó que hubiera una necesidad razonable de que G disparara contra el ofendido L y le causara la muerte, en defensa de su hermano D, pero pese a considerar no concurrían estos requisitos de la legítima defensa en el caso concreto, tuvo por establecida la existencia de una legítima defensa excesiva, lo cual violenta el principio lógico de no contradicción, puesto que para poder establecer el exceso en la defensa resultaba indispensable acreditar primero la legítima defensa. Esto denota no sólo el vicio apuntado, que genera la nulidad del fallo, sino también que existe en la motivación de la sentencia una confusión entre los conceptos de una defensa desproporcionada, que es lo que se desprende del razonamiento del Tribunal que concurrió en el caso

concreto, y un exceso de defensa. En relación a estos conceptos, esta Cámara se ha pronunciado, en el voto nº 900-2013 del 12 de junio del 2012, en el siguiente sentido: *“Finalmente, esta Cámara estima oportuno precisar que en el caso concreto no es viable pensar que el encartado haya incurrido en un exceso en la defensa. Sobre este punto, en otras oportunidades se ha dicho en esta sede que “...Aunque doctrinaria y jurisprudencialmente se ha solidado confundir el exceso en la defensa con la desproporción de la misma, es lo cierto que se trata de situaciones diversas. Una cosa es que la defensa sea desproporcionada, es decir que no sea la menos dañosa de las disponibles para superar la agresión que se sufre, y otra es que la persona crea que el medio que emplea es el adecuado para esa finalidad, cuando en realidad es más severo que lo necesario. En aquel caso, se está ante la intencionalidad de emplear más violencia que la necesaria, lo que transforma en ilegítima la defensa. En este caso, aunque la respuesta es excesiva, el agente cree que es la justa. O sea, se encuentra ante un error. Tanto es así, que en su artículo 29, el Código Penal disciplina ese tipo de situaciones remitiéndolas a los artículos 79 y 35, que regulan los errores de prohibición. Al respecto, debe decirse que el asunto ha sido equivocadamente abordado por nuestra jurisprudencia nacional. En efecto, al igual que la acción que se efectúa como una aparente defensa, mas sabiendo que no hay agresión, no es una legítima defensa, tampoco lo es cuando media una desproporción entre la agresión y la defensa que se lleva a cabo, a sabiendas que esta rebasa lo necesario para superar la mencionada agresión. En tal caso, sencillamente se está ante una defensa desproporcionada, que elimina la legítima defensa. En el exceso de defensa, por el contrario, la defensa va más allá de lo pertinente, pero obedece a un error del agredido, quien cree que debe actuar de forma más severa que lo que en realidad corresponde. Aquella irregularidad actúa sobre la antijuridicidad de la acción; este error sobre la culpabilidad. Así, la primera podría llevar a la configuración de un delito por actuarse fuera de los supuestos de la legítima defensa, en tanto que el segundo acarrea una reducción prudencial de la pena o incluso que el injusto no sea punible (arts. 29, 35 y 79 del Código Penal...)” () “...Por eso se puede afirmar que el exceso representa una variedad de error de prohibición, pero atinente en particular a la proporcionalidad de los medios usados para la defensa, y debe ser dirimido según sus reglas, analizando su vencibilidad o invencibilidad a efectos de determinar la pena... (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2007-790, de las 11:00 horas, de 3 de agosto de 2007 y 2011-00088 de las 10:44 horas, del 22 de julio de 2011 (sic)”. Por lo anterior, se acoge el recurso de casación planteado por el Ministerio Público, aunque por razones diversas. Se anula la sentencia recurrida y se ordena el reenvío, para que el mismo Tribunal, con diversa integración, proceda a una nueva sustanciación de la causa.”*

5. Efecto del Error de Prohibición

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^x
Voto de mayoría

“I. [...] La tesis de la defensa pública de la imputada se orienta a suponer la existencia de una falencia en la fundamentación intelectiva del fallo, pues si la jueza de mérito tenía duda sobre si la encartada se encontraba o no en un supuesto o hipótesis de error de prohibición debió aplicar tal causal de inculpabilidad con las consecuencias jurídicas correspondientes y no imputar a la estrategia de la defensa el haber orientado el caso hacia una tesis jurídica incorrecta. Encuentra allí, además, una conexión inescindible con una eventual duda de relevancia sobre la responsabilidad penal de la encartada en el delito de Abuso de Autoridad, duda que se encuentra manifestada en el deseo de la jueza de contar con más información sobre la capacitación recibida por la agente de policía a los efectos de realizar actuaciones como las que la han llevado ante la autoridad jurisdiccional. Dice que esta duda, manifestada desde el contradictorio, debió llevar a la jueza de mérito a absolver a su representada. A pesar de su dicho, y de las razones que suscribe, considera esta Cámara que, en primer lugar, no se produce el error de prohibición que pretende hacer valer ahora. El error de prohibición es un error que afecta la comprensión de la antijuridicidad, es decir, que el error recae no sobre la tipicidad del hecho sino sobre la ilicitud del injusto cometido. Si este es invencible, es decir, si aun con todo el esfuerzo del sujeto y la diligencia puesta en superarlo, no es posible esperar que haya podido comprender la ilicitud del hecho, la solución dispuesta por la legislación penal es dispensar de pena al sujeto actuante. En otras palabras, en un supuesto invencible de error de prohibición queda plenamente validada la tipicidad y la antijuridicidad del hecho (el injusto), solo que no será posible reprochar dicho injusto. En el caso de vencibilidad del error habría posibilidad de imponer una pena disminuida, pues la comprensión de la ilicitud habría podido ser alcanzada de haber puesto diligencia y cuidado para superar el error. Este margen es el que justifica un reproche menor del injusto. Contrariamente a lo que propone la defensa en su argumentación, no se trata, ni se pudo haber tratado de un error que afectara la tipicidad. La prueba no da para ello, y la tesis de la defensa no alcanza tal fuerza de convicción, pero en el caso concreto no se puede partir que la oficial de policía no sabe lo que hace, en lo que se hubiera podido equivocar es si en lo que hace es antijurídico o no. Si su formación tuvo falencias, o se le trasladó un conocimiento equivocado sobre la forma en que habrían de hacerse los registros superficiales en el cuerpo de un detenido, este conocimiento no afecta su dolo, relevante para el error sobre el tipo, sino que podría haber afectado el conocimiento de la licitud o ilicitud de un cateo personal profundo, que fue al final lo que intentó realizar. Según lo describe la ofendida, la oficial de policía le ordenó quitarse su ropa, que se quitará todas su prendas y que abriera las piernas. La ofendida se opuso a este procedimiento, por lo que la policía la rasguñó en

la cara y la golpeó contra los casilleros, hasta que entró otra policía, y le dijo que se tranquilizara, pero ya estaba la ofendida golpeada y nerviosa ante el exagerado e injustificable comportamiento de la autoridad pública. De la nota de la Escuela de Policía, pero sobre todo del Manual Básico de Procedimientos Policiales, del que se agregó copia a las actuaciones, especialmente a folio 265, se observa que los policías reciben instrucción de que los cateos deben realizarse salvaguardando la integridad física y moral de las personas, lo que sin duda no estaba siendo atendido por el comportamiento excesivo y violento de la oficial. De la misma manera, se les instruye de que no debe haber contacto con las partes íntimas del cuerpo de la persona a quien se le realiza el cateo, y que no se le debe de quitar la ropa. Al respecto, no parece haber espacio para un error o falso conocimiento o ignorancia sobre los elementos básicos del cateo que estaba por realizar. Por idénticas razones, tampoco puede entenderse que la policía no maneje los rudimentos de la ley adjetiva, concretamente del artículo 189 del Código Procesal Penal, que indica que en la requisita personal, lo que se busca es si hay ocultos entre las ropas o adheridas al cuerpo de la persona sospechosa, objetos relacionados con el delito. Si tal es el caso, y antes de proceder a la requisita, se debe advertir a la persona de dicha sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo. La advertencia, pero también la inspección, deben realizarse ante la presencia de un testigo que no debe tener relación con la policía. En el caso presente, por tratarse de una mujer la requisita habría de realizarse por otra mujer y debía haber un testigo de sexo femenino en la inspección siempre y cuando sea posible (cfr. Tribunal de Casación V. 1278-2011 de las 14:50 horas del 30 de setiembre de 2011) (sic). Además debía velarse por proteger el pudor de las personas. Para mayor abundamiento, ella recibió órdenes de realizar una revisión superficial, la orden la impartió el encargado de la Delegación, el oficial J.. La sentencia valora la prueba testimonial recibida para acotar los hechos de violencia que se produjeron en la habitación donde la ofendida fue obligada, amenazada y golpeada para que se quitara sus ropas, abriera sus piernas, y permitiera una actuación policial abusiva. Policías que se hallaban en la Delegación escucharon los gritos de la imputada y de la policía, y cómo aquella indicaba que la golpearon para obtener su aquiescencia en un acto policial abiertamente prohibido por la Constitución Política y la ley. La oficial M. (a folio 305 de la sentencia) indica claramente que en esa Delegación se “acostumbra” realizar esas requisas sin orden judicial y que cuando entró a la habitación donde estaba teniendo lugar la requisita, estaba la ofendida totalmente desnuda, estando de pie la muchacha se agacha frente a la imputada y la imputada se fija en su vagina. La jueza de mérito, a folio 306, engarza estas apreciaciones testimoniales, con las averiguaciones hechas sobre la formación específica recibida por la agente de policía para prepararla para sus funciones, y establece con claridad que recibió explicaciones que la requisita personal se realiza cuando haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta pertenencias entre sus ropas o lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito. Es decir, que había suficiente

conocimiento de los extremos de la ilicitud de su actuación, no sólo en cuanto al tipo de requisas que debía y podía hacer, sino también que la orden recibida de su superior implica solamente una revisión superficial que en modo alguno implicaba desnudar y observar partes íntimas del cuerpo de la ofendida. Lo que empezó como una requisas personal se convirtió en una intervención corporal para la cual hay requisitos legales específicos, y la previa orden judicial (artículo 88 del Código Procesal Penal). De igual manera, valoró la jueza que el hecho de desnudar a la persona, golpearla y arañarla son todas agresiones injustificables que hacen el comportamiento de la policía delictivo desde el punto de vista de la norma penal antepuesta al artículo 331 del Código Penal. Además, la policía tenía una evidente ventaja física sobre la ofendida, la que constató la jueza en la audiencia, por lo que resta valor a la tesis defensiva de que el arañazo fue un accidente o que las otras lesiones provinieran de un hecho culposo. La jueza de mérito no manifestó duda en su sentencia, y los elementos probatorios que valoró de manera correcta, le permitieron ratificar su criterio condenatorio, el cual además resulta derivado de la prueba testimonial y documental allegada al contradictorio. Si se pidió información adicional sobre la capacitación formal recibida por la agente de policía, esto tenía relevancia directa para ponderar el grado de conocimiento de la ilicitud, que eventualmente hubiera podido justificar algún problema de internalización de conocimientos erróneos sobre la forma de realizar un procedimiento policial como la requisas. Sin embargo, la propia jueza considera, con argumentos suficientes, que no hay espacio para tal falso conocimiento o ignorancia que hubiera podido afectar el reproche del injusto. En virtud de ello, corresponde declarar sin lugar el primer motivo del recurso de la defensa pública.”

6. Error de Prohibición y Alcance del Tipo Penal

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xi}
Voto de mayoría

“II. En el **segundo motivo** de casación reclama el “*error de tipo*”. Reprocha que el tribunal concluyó que su defendido sabía que estaba ejecutando conductas de carácter sexual, y que penetraba con sus dedos a la ofendida en su vagina contra su voluntad, porque ésta quería salir de la vivienda, el imputado por la fuerza lo impedía y, además, la víctima gritaba pidiendo ayuda, por lo que concurren los elementos volitivos y cognitivos del dolo. Sin embargo, el tribunal no fundamenta porque el imputado sabía que introduciendo los dedos en la vagina de la ofendida cometía el delito de violación. Estima que aún aceptando que su defendido actúa con dolo al querer tener relaciones con la ofendida contra su voluntad, su dolo no se extendió a querer realizar todos los actos del tipo objetivo “violación con los dedos” porque no conocía que ese acto constituyera una violación. Éste se limitó a tocar con sus manos los pechos, el trasero y la vagina, pero no se representa que la introducción de sus dedos en la vagina fuera

una violación, por lo que estima que está ante un error de tipo que excluye su responsabilidad criminal. En su opinión, para que el imputado cometiera el delito de violación debía saber que la introducción de dedos en la vagina formaba parte del tipo penal, y debía acreditársele ese conocimiento, resultando necesario para arribar al mismo establecer sus condiciones sociales, su grado de educación, su cultura y la posibilidad de acceso a la información. Desde su perspectiva su defendido, al tener veintidós años, sin educación escolar, cortador de banano sin trabajo, y que se desenvuelve en un mundo machista no tenía la posibilidad de configurar su acción como un delito, máxime que en Costa Rica para el hombre medio, aun educado, la violación no es posible sino es con el miembro masculino. Lo contrario, en su criterio, es un conocimiento de quienes laboran en el derecho penal. Al estar ante un error de tipo gestiona se absuelva a su patrocinado, o se recalifique su conducta, o se reenvíe para nueva sustanciación. ***El motivo no puede prosperar.*** Lo primero que hay que indicarle al gestionante es que él, en realidad, lo que alega, también de forma incorrecta según se abordará, es un error de prohibición y no un error de tipo como él lo denomina. Recuérdese que el error de tipo es un falso conocimiento y recae sobre los elementos objetivos del tipo penal. Es decir, la persona no sabe, y por ende no quiere, realizar lo que en verdad hace. Así, por ejemplo, en los ejemplos doctrinales clásicos el cazador que no sabe que está matando a un ser humano porque cree que está disparando contra una presa salvaje; el que apunta a un objeto de grandes dimensiones en la seguridad de que dará al blanco sin saber que, dentro, está una persona a la que le causa la muerte, etc. Para que, en el presente caso pueda aludirse a un error de tipo debía alegarse, por ejemplo, que el encartado no sabía que estaba introduciendo sus dedos en la vagina de la ofendida, lo que no solo no se ha alegado, ni siquiera en esta sede sino que, además, hay prueba suficiente para acreditar que el imputado sí conocía, dadas las situaciones previas que se presentaron. Lo que el recurrente alega (al decir que el encartado no sabía que introducir los dedos en la vagina sea una violación) es otra cosa, pues lo que refiere es un desconocimiento de la prohibición de la conducta y, como bien dijo el fiscal, su pretensión se enmarca dentro del tema de un error de prohibición, pero tampoco este resulta admisible. Recuérdese, una vez más, que el error de prohibición, tanto directo (consideración de que el hecho no está sujeto a pena) como indirecto (saber que está penado pero creerlo justificado) establecido, bajo el erróneo nombre de "error de derecho" en el artículo 35 del Código Penal, constituye una excepción al principio constitucional según el cual "nadie puede alegar ignorancia de la ley" (artículo 129 de la Constitución Política) pues esa misma norma señala, en una lectura completa, "*a menos que la misma ley lo autorice*", siendo el Código Penal una ley que autoriza, dada la gravedad de la sanción que impone y el uso del *ius puniendi* estatal que implica, a que no se castigue a quien ignora, pese a todas las previsiones que pudo tener para salir de su error, que lo que hace sea prohibido (error de prohibición invencible) o bien a que ese castigo se aminore si, de alguna forma, habiendo efectuado otras actuaciones

previsibles, hubiera podido salir de ese error (error vencible). No obstante, la misma doctrina es conteste en señalar que no se da el citado error si, como en este caso, sabiendo el agente que la conducta es prohibida, no tiene claros los alcances del tipo penal al que pertenece. Señala el autor nacional CASTILLO GONZÁLEZ: *"Para la existencia del error de prohibición no es necesario que el agente conozca el monto de la pena, su clase o si el legislador considera esa conducta como un delito o una contravención. Tampoco es necesario que conozca en concreto la ley penal"* (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El error de prohibición*. Editorial Jurítexto. San José, 2001, págs 58 y 73). Ese conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, general, no específico, es lo que se conoce como el conocimiento potencial de la antijuridicidad (a diferencia del conocimiento de los elementos objetivos del tipo, que siempre es un conocimiento actual) al punto que se alude a que debe existir "en la esfera de un profano", es decir, sin que sea especializado o técnico y que permite sancionar, aunque con una sanción menor, cuando, sin tenerse, el sujeto estaba en posibilidad de salir del error (error evitable de prohibición). En el presente caso, en ningún momento el imputado A sostuvo, durante el proceso o el debate sino solo a través del alegato efectuado ante esta sede impugnativa, -desconocer los alcances del tipo penal acusado, ni brindó alguna justificación acerca de la conducta que se le endilgó, que permitiera, siquiera intuir- que incurriera en algún error en el conocimiento claro de la prohibición de su conducta. Por el contrario, su defensa material se sustentó en alegar no haber incurrido en la violación señalada y sostuvo, además, que fue la propia ofendida quien se restregaba con sus dedos la vagina por debajo de la enagua, lo que motivó a la defensa técnica a proponer que fue ésta quien se causó las lesiones himenales al masturarse. Tesis que desechó el tribunal. Es decir, el tema que ahora propone el impugnante no surge del debate, en tanto ni siquiera fue uno de los propuestos durante el proceso y que, entonces, obligara al tribunal sentenciador a emitir algún pronunciamiento sobre ese particular, pues resultó evidente que, tanto el imputado como su defensa técnica, tuvieron claro que la introducción de dedos en la vagina, contra la voluntad de la víctima, sí es una acción prohibida, aunque se alegue que el encartado no tuviera claros los alcances del tipo penal al que esa conducta pertenecía, lo que resulta, al tenor de lo indicado, irrelevante. Inclusive, las mismas condiciones particulares del endilgado quien, pese a ser una persona joven, con una educación escolar mínima y con trabajos temporales, es un hombre que tiene experiencia sexual, lo que se deriva de que mantiene una convivencia de hecho y ha procreado hijos, sumado al hecho de que no vive en la selva más remota sino que, por el contrario, tiene alcance a medios de comunicación masivos, como la televisión que, además de ser, para el caso, la justificación para que la ofendida visitara la casa del encartado, es una fuente de información sobre el tópico que aquí interesa, pues los delitos de carácter sexual, al ser severamente reprimidos, han sido de gran divulgación, permiten inferir que conocía de contrariedad de su conducta ejcon el Ordenamiento Jurídico. Pero, además, tanto se sabía que la conducta efectuada era

prohibida que se hace cuando la ofendida está sola en la casa, se intenta evitar su huída, que pida ayuda y, durante el debate, se ha pretendido afirmar que lo sucedido fue una conducta querida, buscada y propiciada por la ofendida, es decir, efectuada con su consentimiento, tema que es dejado sin efecto por lo abundante de la prueba que señala lo contrario. Obsérvese que de acuerdo a lo que se acreditó en sentencia, la ofendida nunca consintió las pretensiones sexuales del imputado, y fue, entonces, a pesar de esa negativa y gracias a la violencia corporal ejercida, que se posibilitó no solo que éste la besara, la tocara en los pechos y el trasero, sino introdujera sus dedos en la vagina, lo que sin lugar a dudas denota un comportamiento sexual abusivo pero, además, dirigido a un único propósito, violar a la ofendida, lo que siempre logró, pese a que no fuera de la manera que lo pretendía, sobre la cama y mediante la introducción de su órgano sexual. Es decir, la voluntad del imputado siempre estuvo dirigida a violar a la víctima, y con el claro conocimiento de que lo que hacía no era correcto, tanto por estar penalmente sancionado, sino porque socialmente esa es una conducta inaceptable, aún en el contexto socioeconómico en que se desenvolvía el imputado A. Es así que el planteamiento del quejoso no es otra cosa que una objeción rebuscada, pero que no tiene incidencia en lo resuelto. En consecuencia, el motivo no puede prosperar, y el recurso de casación interpuesto debe ser declarado sin lugar.”

7. Diferencia entre Error de Tipo y Error de Prohibición

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{xii}

Voto de mayoría:

“II. [...] El *error*, concebido como un concepto equivocado, un juicio falso o una inadecuada representación intelectiva de la realidad, presenta diversas modalidades de aparición. Así, importa, con la expresa finalidad de bosquejar, de manera muy general, una delimitación del *error*, establecer, primeramente, las distinciones existentes entre el *error de prohibición* y el *error de tipo*, cuanto sentar, además, las distinciones básicas existentes entre ambas formas de *error* por cuanto a los efectos derivados de ellos respecta. El *error* que recae sobre los elementos exigidos por el *tipo objetivo* es el *error de tipo*, el cual inexorablemente elimina la *tipicidad dolosa* de la conducta, de ser *invencible*; pero, de ser *vencible*, puede originar una *tipicidad culposa*. En tanto, el *error de prohibición* no pertenece a la esfera analítica de la *tipicidad* y es un simple problema de *culpabilidad*. Es el *error* que recae sobre la comprensión de la *antijuridicidad* de la conducta e imposibilita, por tanto, su comprensión. Por consiguiente, se asemeja al *error de tipo* en cuanto éste también impide la comprensión del carácter y entidad del *injusto* (del hecho *típico* y *antijurídico*), pero se diferencia de él en cuanto no afecta en nada a la *tipicidad*, sino únicamente a la *culpabilidad*. Cuando es *invencible* o *inevitable* (esto es, cuando con el debido y

jurídicamente exigible esfuerzo motivacional la persona no hubiese podido comprender el carácter y entidad de la *antijuridicidad* de su *injusto*), apareja el efecto de excluir la *culpabilidad*; en tanto que, cuando es *vencible* o *evitable*, produce el efecto de disminuir la *culpabilidad* por causa de una menor *reprochabilidad jurídico-penal*. Este es, explicado, *grosso modo*, el sistema seguido por el artículo 35 de nuestro Código Penal en relación con el artículo 79 del mismo cuerpo legal. Sobre el *error*, en extenso, puede consultarse el reciente trabajo del profesor *Roxin*, titulado *Acerca del Error en el Derecho Penal*, en *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Lima, Perú. Editora Jurídica Grijley, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, primera reimpresión, agosto de 2007, pp. 195 a 222. Así, ante una inadecuada fundamentación, se declaran con lugar tanto el aparte b) del primer motivo del recurso de casación presentado por el imputado A., como el punto E) del primer motivo del recurso de casación formulado por el licenciado Álvaro Justo Quirós Sánchez, en su carácter de *defensor público* del sentenciado A.; se anula la sentencia impugnada y el debate que está a su base; y se remite el proceso para la celebración de un *juicio de reenvío*, para su nueva *sustanciación* conforme a derecho.”

8. Regulación del Error de Prohibición Indirecto

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]^{xiii}

Voto de mayoría

[...] El error de prohibición según lo expresa Muñoz Conde existe “no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibida como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causa de justificación)” (Cfr. Muñoz Conde, Francisco. “Teoría General del Derecho”, Valencia, 1991, pag. 144). Nuestro Código Penal establece el error de prohibición indirecto en el artículo 34 párrafo final que expresamente regula: “No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado”. La Juzgadora en la sentencia impugnada, considera que la conducta de la imputada no es reprochable y que por ello no puede responsabilizarla de la misma, pues considera que carece de la “exigibilidad de la conducta”, con fundamento en un error de prohibición indirecto e invencible, que recae en una de las causas de justificación. Al respecto se señala en la sentencia: “Por último, deben analizarse las

circunstancias concretas que llevaron a la acusada a actuar como lo hizo y si era posible para ella cumplir con las normas del ordenamiento, que le exigían comportarse de acuerdo a derecho, Exigibilidad de la conducta. En este punto debe decirse que existe un error de prohibición indirecto e invencible.-

Considera este Tribunal que existe una causa que excluye la culpabilidad. Se considera que la imputada actuó bajo un error de prohibición indirecto porque recae en una de las causas de justificación.-

En este caso se trata del consentimiento del derecho habiente.-

Si bien es cierto la ofendida xxxx al momento de los hechos no expresó su voluntad de concederle autorización a la encartada de ingresar a su vivienda, se tiene que ello fue lo que erróneamente consideró la encartada, mediante una llamada telefónica.-

xxxx manifestó que ella recibió una llamada telefónica de una mujer que se identificó con el nombre de xxxx y que le dijo “ quiere saber donde está su marido xxxx, venga está en tal parte y le da la dirección”, la encartada se dirige a la dirección aportada y observa el vehículo de su esposo lo reconoce, observa que el portón de la entrada principal se encuentra abierto, la puerta principal se encuentra abierta, pregunta por xxxx, xxxx, e ingresa y es cuando observa a xxxx lavando platos y a la ofendida a su lado”.-(Cfr. Folios 73 y 74). Tal y como ya se ha expuesto en esta resolución, de la prueba recabada e incorporada en el debate, analizada de conformidad con las reglas de la sana crítica, no es posible acreditar esa falsa creencia en la cual incurre la imputada para que se considerara autorizada a ingresar en la vivienda de la ofendida xxxx, por lo cual esa apreciación carece de fundamento y por ese motivo no la exime de su obligación de acatar lo establecido en el Ordenamiento Jurídico específicamente en el artículo 204 del Código Penal que impone la prohibición de ingresar a una morada contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, sea clandestinamente o con engaño. Toda persona tiene la obligación de conocer la ley y respetarla, sin que pueda alegar su ignorancia o desconocimiento. En la sentencia recurrida, incluso la Jueza de mérito, expresa que la imputada tenía el conocimiento de dicha norma y lo que implicaba respetar la privacidad y el recinto privado como lo era la casa de la ofendida. Al respecto se señala: “Hagamos alusión ahora a la exigibilidad de la conciencia del injusto; esto es, sí a la imputada se le podía exigir que tuviera conciencia de los valores que configuran el injusto concreto, sea tratar de constatar si a la imputada podía exigírselle que conociera la ilicitud, de la conducta prevista en el artículo 204 del Código Penal, de lo cual no existe duda alguna pues tal conocimiento se le es exigible a cualquier persona que haya crecido en nuestro medio, porque el se considera una persona normal. Hagamos alusión ahora a la exigibilidad de la conciencia del injusto; esto es, sí a la

imputada se le podía exigir que tuviera conciencia de los valores que configuran el injusto concreto, sea tratar de constatar si a la imputada podía exigírselle que conociera la ilicitud, de la conducta prevista en el artículo 204 del Código Penal, de lo cual no existe duda alguna pues tal conocimiento se le es exigible a cualquier persona que haya crecido en nuestro medio, porque el se considera una persona normal.- (Cfr. Folio 73). Además la juzgadora refiere en la sentencia impugnada, que el error de prohibición que concurre a parte de ser indirecto es también invencible, justificando esa circunstancia en que la imputada xxxx, en el momento del hecho solo pensaba en su marido por lo cual no le era posible verificar si su actuación era legítima. (cfr. folio 77 a 79). Este extremo lejos de estar acreditado en la sentencia de conformidad con la prueba que se recibió en el debate, queda desvirtuado con lo declarado por la propia imputada y por el testigo xxxx, en cuanto a que ésta cuando llega a la vivienda de la ofendida, sabía que se trataba de una casa ajena, que ahí vivía xxxx, quien era la amante de su marido y que nadie la autorizó a ingresar en la misma, pese a lo cual ingresó en dicha morada, como la propia ofendida y el testigo xxxx lo refiere. Pero además estando dentro de la casa en cuestión, tanto la ofendida como el testigo mencionado, dicen que le indican a ésta que salga y ella se niega a hacerlo, por lo cual debieron llamar a la policía. Así que si en un primer momento la imputada xxxx pudo tener la falsa creencia de que estaba invitada a entrar en esa vivienda, luego claramente se le advierte que debe salir de ésta y ella persiste en mantenerse en ese lugar.(Cfr. folios 63 a 64 y 66 y 67). Otro aspecto ambiguo y contradictorio de la sentencia, lo es en relación con el testimonio del señor xxxx, ya que la juzgadora valorando su declaración dada en el juicio oral, refiere que no puede determinar con certeza que el testigo esté diciendo totalmente la verdad, pero si considera que al menos es un “poco objetivo” y se establece que no tiene el ánimo de perjudicar en mucho a la imputada. (Cfr. folios 63, 64 y 67). De ahí que pese a considerar la jueza de mérito que el testimonio aludido no es del todo veraz, fundamenta con su dicho aspectos que avalan según su criterio la versión de la imputada, realizando una valoración incompleta de dicho testimonio. De conformidad con lo dicho y normativa citada, resulta procedente declarar con lugar el recurso de casación presentado por el Ministerio Público ya que se acredita en la sentencia, que la misma presenta el vicio de fundamentación contradictoria y que inobserva las reglas de la sana crítica. Se anula la sentencia No. 14-2009 así como el debate que la precedió. Se ordena el reenvío de la causa al Tribunal de origen para una nueva sustanciación.”

9. Ejemplo de Error Vencible Originado en Corrección de Menores de Edad con Agresiones Físicas

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xiv}

Voto de mayoría

“IV. Que en el tercer motivo del recurso se alega violación al debido proceso por **inobservancia de las reglas de la sana crítica**. Se indica que el juez de mérito estigmatiza a una persona honrada, trabajadora, jefa de hogar, humilde, que no terminó el colegio y la encuentra culpable por desconocer la ley. Agrega que los vecinos de Río Oro de Santa Ana desconocen que darle un fajazo a sus hijos sea el delito de agresión con arma por lo que la necesaria culpabilidad de su representada no está definida al no existir la fundamentación intelectiva suficiente para condenarla. **Por mayoría se considera que lleva parcialmente razón el impugnante**. El tema que introduce el recurrente (a diferencia de las referencias que él mismo hace sobre un error de hecho: cfr.: folio 164 o las que hace la representante del Ministerio Público quien alude a causas de justificación o error de tipo: cfr.: folio 174) alude al error de prohibición directo, aspecto sobre el cual el juzgador de instancia se pronunció al indicar: *“Atendido al caso concreto, nótese que la encartada es una mujer con cierto grado de preparación, en donde inclusive es cajera en un restaurante de renombre; vive en una zona en donde existe acceso pleno a los medios de comunicación colectiva en los cuales se hacen campañas constantes sobre la agresión a menores y además, lo más elemental, cualquier persona con sentido común sabe que agredir a un niño o menor indefenso es ilegal, máxime cuando el castigo no guarda proporcionalidad. Ello hace que la madre QUuecia sabía de la ilegalidad de su acto, razón por la cual es inaceptable alegar un error de prohibición en la especie como lo pretende la defensa. Quecia comprendió el carácter ilícito de sus actos y pudo haber adecuado su conducta de acuerdo con esa comprensión”* (folios 150-151). Como se observa, la fundamentación sobre este extremo es parca y apunta, más bien, a estimar que sí existió un error de prohibición pero que éste era vencible lo que, conforme lo dispone el artículo 35 párrafo segundo del Código Penal (que, aunque alude a error de derecho, se refiere al error de prohibición. Véase al respecto lo establecido en el voto Nº 446-F-92, de las 15:25 horas del 25 de setiembre de 1992 de la Sala Tercera que, *grosso modo*, aquí se comparte) implicaría la disminución de la pena (artículo 79 del Código penal) aspecto sobre el que nada indicó el juzgador de instancia. Efectivamente como lo alega el recurrente, esta Cámara considera que, en la especie, no se ha desacreditado (por el Ministerio Público a quien compete demostrar todas las etapas del delito y no sólo la tipicidad para desvirtuar el estado de inocencia constitucionalmente garantizado) el error que alega la encartada ya que si bien es cierto toda persona sabe que agredir a otro es ilegal, es común en nuestro país que se recurra a métodos de corrección a través de golpes de zapatos, fajas y demás considerándose que eso no es agresión y tan es así que es un hecho notorio actual que

el Patronato Nacional de la Infancia ha emprendido una campaña para abolir el castigo físico para los niños y niñas, para lo cual ha presentado un proyecto de ley ante la Asamblea Legislativa que pretende derogar la contravención tantas veces citada. De modo que si fuera conocido *urbi et orbe* que golpear a un niño o niña aún con *animus corrigiendi* sea un delito, serían innecesarias todas esas acciones. Ahora bien, como el conocimiento de la ilicitud es un conocimiento potencial en la esfera de un profano, habida cuenta de las condiciones supra referidas de la encartada (cajera, nativa de Guanacaste, vive en una zona semirural, de treinta años, madre de cuatro hijos menores de edad, jefa de hogar, sin estudios secundarios completos, etc.) se estima que, efectivamente, ese error era vencible pues bastaba la consulta a otras personas o instituciones, el escuchar anuncios o leer periódicos nacionales actuales para superarlo, lo que le da el carácter de vencible y ello implica que su alegato sólo posibilite disminuir la sanción, más no prescindir de ella. Como el juzgador no se pronunció al respecto, procede acoger parcialmente el motivo y anular parcialmente la sentencia a efecto de ordenar el reenvío sobre este aspecto. Pero, además de lo anterior, la Sala Constitucional ha indicado que la correcta calificación de los hechos integra el debido proceso (voto Nº 7648-2001 entre otros) y, en tal sentido es de advertir que el juzgador de instancia se limitó a aplicar el párrafo primero del artículo 140 del Código Penal -porque impuso dos meses de prisión extremo mínimo señalado en dicha disposición- sin hacer ningún pronunciamiento sobre el párrafo segundo de ese mismo numeral. Allí se contemplan dos situaciones: (i) una agravante por parentesco (al remitirse al homicidio calificado: artículo 112 inciso 1 del Código Penal) que permitiría aumentar hasta en un tercio la pena abstracta (extremos mínimo y máximo) fijados por el legislador, aspecto que no podrá hacerse en el caso específico en virtud del principio de prohibición de reforma en perjuicio al ser el recurso de la encartada el único incoado, y (ii) una atenuante por emoción violenta (artículo 113 inciso 1 del Código Penal) que permite disminuir la pena abstracta fijada por el legislador (extremos máximo y mínimo) hasta en un tercio. Sobre este aspecto tampoco hizo alusión fundamentada el juzgador (para acogerla o rechazarla) motivo por el cual la fundamentación de la sanción fue incompleta, imponiéndose anular parcialmente la sentencia impugnada únicamente en este extremo para ordenar el juicio de reenvío ante nuevo tribunal el cual deberá pronunciarse fundamentadamente sobre ambos aspectos, es decir, sobre la eventual disminución de la pena -o no- por el error de prohibición directo vencible y sobre la eventual disminución de la pena -o no- por el estado de emoción violenta.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. **Código Penal.** Vigente desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 45 de 45 del 13/03/2014. Publicada en: Gaceta N° 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

ⁱⁱ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. (2010). **Derecho Penal: Parte General.** Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. Pp 555-560.

ⁱⁱⁱ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. (2010). **Derecho Penal: Parte General.** Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. Pp 589-591.

^{iv} ZAFFARONI, Eugenio; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro. (2010). **Manual de Derecho Penal: Parte General.** Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. Pp 576-577.

^v CARIDAD VARGAS, Brenda y PÉREZ QUIRÓS, Andrea. (1999). **Tratamiento del Error de Tipo y del Error de Prohibición en el Derecho Penal Costarricense.** Tesis de grado para optar por el Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp 87-89.

^{vi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DE CARTAGO. Sentencia 32 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del veintiocho de enero de dos mil catorce. Expediente: 10-200773-0634-PE.

^{vii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1779 de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del tres e diciembre de dos mil trece. Expediente: 12-000398-1283-PE.

^{viii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 924 de las once horas con cuarenta y cuatro minutos del doce de julio de dos mil trece. Expediente: 12-001609-0305-PE.

^{ix} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 453 de las diez horas con quince minutos del diecinueve de abril de dos mil trece. Expediente: 07-001774-0066-PE.

^x TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1620 de las nueve horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiocho de noviembre de dos mil once. Expediente: 07-005513-0042-PE.

^{xi} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 816 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del veintiocho de junio de dos mil once. Expediente: 07-200255-0485-PE.

^{xii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 376 de las diez horas con cincuenta minutos del veinticinco de septiembre de dos mil diez. Expediente: 09-200092-0457-PE.

^{xiii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 173 de las siete horas con cuarenta minutos del quince de junio de dos mil nueve. Expediente: 07-201041-0456-PE.

^{xiv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1085 de las quince horas del veinticinco de septiembre de dos mil siete. Expediente: 06-000933-0283-PE.